Ausführliche Erläuterung

der

Pandecten

nach

Hellfeld

ein Commentar

von

D. Christian Friedrich von Glück

geheimen Hofrathe und ordentlichem Lehrer der Rechte an der Friedrich-Alexanders Universität in Erlangen, Ritter des Civil-Verdienst-Ordens der bayer. Krone.

Drey und dreyßigsten Theils zweyte Abtheilung.

Erlangen

in der Palm'schen Verlagsbuchhandlung.

1830.

Fortsetzung des Titels

De curatoribus furioso et aliis extra minores dandis.

§. 1392. a.

Fortsetzung. Dilucida intervalla. Hört die cura während derselben auf? *L. 6. C. h. t.*

Aus der angeführten Stelle des Cicero erhellet nun klar, daß die Alten, deren Begriffe in den Gesetzen der XII Tafeln ohne Zweifel zum Grunde gelegt sind, unter *furor* nicht gerade das, was wir Wuth oder Raserey nennen, verstanden haben, sondern eine gänzliche Zerrüttung und Blindheit des Geistes; und diejenigen *furiosi* genannt haben, welche gar keinen Gebrauch der Vernunft haben, ihre Handlungen mögen nun entweder mit einer Heftigkeit der äußern Bewegungen verbunden seyn, welche unsere Aerzte Tobsucht, Raserey, Manie nennen [71]), oder nicht. Können wir also hierin dem Cicero trauen, der doch wohl noch zu seinen Zeiten gewußt haben mag, Wen die Gesetze der XII Tafeln einen *furiosus* genennt haben; so begriff das Wort *furor* sowohl den Wahnsinn im eigentlichen und

71) S. Adolph Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. §. 268.

strengern Verstande, den die heutigen Aerzte *delirium* nennen [72]), als die Raserey in sich. Vom *furor*, in diesem Sinne genommen, unterschieden nun die Alten *insania* in dem Verstande, daß sie sich darunter denjenigen krankhaften Zustand des Geistes dachten, wobey es zwar nicht an allem Vernunftgebrauche mangelt, sondern der Geisteskranke dasjenige, was blos zu den äußern Pflichten, und gewöhnlichen Geschäften des gemeinen Lebens gehört, noch zur Noth verrichten kann, wie Cicero sagt, sich aber doch in seinen Handlungen eine Schwäche und Unvollkommenheit der Seelenkräfte äußert, welche von einem Mangel richtiger Vorstellungen, Mangel am Gedächtniß und Urtheilskraft zeugt [73]). Dieser Gemüthszustand, da man seines Verstandes zwar nicht ganz beraubt, aber doch auch desselben nicht ganz mächtig ist, wird von unsern heutigen Aerzten Blödsinn genennt [74]). Cicero nennt ihn auch *dementia*, oder *insania, quae iuncta est stultitiae*, unsere Aerzte *fatuitas*, *mentis imbecillitas*. Von dieser sagt nun Cicero ganz richtig, sie sey bey einem Sapiens nicht denkbar, wohl aber könne auch ein Weiser in einen furor verfallen. Da also die *insania*, welche vom furor genau unterschieden

72) S. Joh. Dan. Metzger System der gerichtlichen Arzneywissenschaft. §. 409.

73) Die Begriffe von furor und insania hat aus Cicero auch Nonius Marcellus de proprietate verborum pag. 469. (edit. *Hadriani Junii Medici.* Antverpiae 1565. 8.) angenommen. Man vergleiche noch *Jac.* Raevardi Conjectaneor. Lib. II. Cap. 18.

74) S. Metzger a. a. O. §. 409. und *Ge. Heinr.* Masius System der gerichtlich. Arzneykunde für Rechtsgelehrte. §. 296.

wird, zwischen diesem und der sana mens gleichsam die Mitte hält, und also nicht allen Vernunftgebrauch ausschließt; so kam es bey diesen eben so, wie bey Tauben, Stummen und mit einer körperlichen Krankheit und Gebrechlichkeit behafteten Personen, darauf an, wie weit sie selbst eines Curators benöthiget waren, und darum anhielten. So erklärt sich denn, warum blos die *furiosi* in der legitima agnatorum cura waren, den *insanis* aber, oder *dementibus*, ein curator von der Obrigkeit gegeben wurde. Von diesen *insanis*, oder Blödsinnigen ist, wie Huber mit Recht behauptet, auch wohl Justinian zu verstehen, wenn er §. 4. *I. h. t.* sagt: Sed et *mente captis*, et surdis et mutis, et qui morbo perpetuo laborant, quia rebus suis superesse non possunt, *curatores dandi sunt*. Eben so versteht Herr von Berg [75]) die Stelle Justinians. „Sollte der mente captus, sagt er, nicht derjenige seyn, dem es an der erforderlichen Geisteskraft fehlt, um die Folgen seiner Handlungen zu überlegen und zu beurtheilen, — den wir in unserer Sprache blödsinnig nennen? — Er ist des Gebrauchs seines Verstandes nicht völlig beraubt, aber er hat dessen so wenig, daß er nicht fähig ist, vernünftige Entschließungen zu fassen. Sein Zustand ist nicht so auffallend, wie der des Rasenden und Wahnsinnigen. So erklärt sich's denn, warum das Gesetz sagt: dem *furioso* seyen Vormünder zu bestellen, aber auch dem *mente capto*, und warum eben dieses Gesetz ihn von jenem genau sondert, und vielmehr mit andern Unglücklichen, die sich selbst nicht

75) Von lichten Augenblicken bey Geisteskranken. §. 9. in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 3. Th. S. 250. f.

rathen können, zusammenstellt." Ganz dem gemäß, was uns Cicero im Sinne der Alten gelehrt hat, sagt auch Hofacker [76]), der Ausdruck *furiosus* bezeichne im Sinne des Röm. Rechts denjenigen, qui sive animi rabie agitetur, sive sine tumultu desipiat, intellectu *omnino* caret; *dementes* aber diejenigen, qui *integram* quidem *mentem* non habent, tuentur tamen vitae communem cultum et usitatum. Und so werden denn ohne Zweifel die furiosi und dementes in den oben angeführten Gesetzen [77]) unterschieden. Doch ist nicht zu läugnen, daß die Ausdrücke furiosus, mente captus und demens in den Gesetzen [78]) auch zuweilen als gleichbedeutend gebraucht werden.

Der Unterschied zwischen furiosi und insani oder dementes äussert sich insonderheit darin, daß nur bey jenen, den eigentlichen Wahnsinnigen, lichte Zwischenzeiten (dilucida intervalla, tempora intermissionis, furoris induciae) eintreten können, von denen die Gesetze [79]) häufig sprechen, während welchen dann der furiosus wieder ganz vernünftig, und daher auch fähig ist,

76) Princip. iuris civil. Rom. German. Tom. I. §. 248.

77) S. die Note 63.

78) *L.* 25. *C. de nupt.* *L.* 2. *C. de curat. fur. vel prodigi.* *L.* 9. *Cod. de impub. et aliis substitut.* (VI. 26.) Auch Festus *de Verbor. Signif.* voc. *Mentecaptus* sagt: *Mentecaptus* dicitur, cum mens ex hominis potestate abiit, et idem *demens*, qui de sua mente decesserit, et *amens*, qui a mente abierit.

79) *L.* 20. §. 4. *D. Qui testam. facere poss.* (XXVIII. 1.) *L.* 18. §. 1. *D. de acquir. vel amitt. posses.* (XLI. 2.) *L.* 2. *C. de contrah. emt. vend.* (IV. 38.) *L.* 6. *C. h. t.* *L.* 9. C. *Qui testam. fac. possunt.* (VI. 22.)

unabhängig von seinem Curator, gültig zu handeln. Bey den Blödsinnigen hingegen sind dergleichen dilucida intervalla gar nicht denkbar, weil der Zustand derselben in einem Mangel der Verstandeskräfte, in einer Geistesschwäche seinen Grund hat, dahingegen es bey wirklich Wahnsinnigen nicht an Seelenkräften fehlt, sondern diese nur unregelmäßig wirken, weil sie zerrüttet und verwirrt sind. Nur bey diesen ist es daher möglich, daß die Geistes-Verwirrung auf einige Zeit nachlassen, und die Vernunft wieder in ihre Rechte eintreten kann.

Ob die Curatel während dieser Zwischenzeiten aufhöre, war unter den alten Röm. Juristen streitig, indem einige behaupteten, daß beym Eintritt einer hellen Zwischenzeit während der Dauer derselben die Curatel sich endige, und bey der Wiederkehr der Krankheit wieder ihren Anfang nehme; andere aber lehrten, die Curatel dauere während derselben fort, und ruhe nur, weil nun der Curand selbst gültig handeln könne [80]. Allein Justinian hat diesen Streit entschieden. Nach seiner Decision soll die Cura furiosi fortdauern, so lange der Wahnsinnige lebt, sein Amt soll blos während dieser Zwischenzeit ruhen, weil nun der furiosus das Recht hat, selbst gültig zu handeln, also Contracte zu schließen, eine Erbschaft anzutreten, und überhaupt alles dasjenige zu thun, wozu vernünftige Menschen berechtiget sind. Erst bey der Wiederkehr der Krankheit soll, dann aber

80) S. *Emundi* Merillii Exposition. in L. Decision. Justiniani. Nr. XII. ad L. 6. C. h. t. (*Opp.* P. II. *Neapoli* 1720. 4. pag. 28 sq.) und *Gottfr.* Mascov de sectis Sabinianor. et Proculianor. Cap. IX. §. 15. pag. 198 sq.

auch sogleich, das Amt des Curators wieder in Wirksamkeit treten. Die hierher gehörige merkwürdige Constitution ist die *L.* 6. *C. h. t.* welche folgendermassen lautet:

Cum aliis quidem hominibus continuum furoris infortunium accidat, alios autem morbus non sine laxamento aggrediatur, sed in quibusdam temporibus quaedam eis intermissio perveniat [81]), et in hoc ipso multa sit differentia, ut quibusdam breves induciae, aliis maiores ab huiusmodi vitio inducantur: antiquitas disputabat, utrumne in mediis furoris intervallis permaneret eis curatoris intercessio, an cum furore quiescente finita, iterum morbo adveniente redintegraretur? Nos itaque eius ambiguitatem decidentes, sancimus, (cum incertum est in huiusmodi furiosis hominibus, quando resipuerint, sive ex longo, sive ex propinquo spatio, et impossibile est, et in confinio furoris et sanitatis eum saepius constitui, et post longum tempus sub eadem esse varietate, ut in quibusdam videatur etiam pene furor esse remotus) *curatoris creationem non esse finiendam, sed manere quidem eum, donec talis furiosus vivit: quia non est pene tempus, in quo huiusmodi morbus desperatur: sed per intervalla, quae perfectissima sunt, nihil curatorem agere, sed ipsum posse furiosum, dum sapit, et hereditatem adire, et omnia alia facere, quae sanis hominibus competunt.*

81) Unsere heutigen Aerzte theilen daher den Wahnsinn ein in den anhaltenden und aussetzenden. S. Henke Lehrb. der gerichtl. Medicin. §. 255.

Sin autem furor stimulis suis iterum eum accenderit: *curatorem in contractu suo coniungi* [82]), ut nomen quidem curatoris in omne tempus habeat, effectum autem, quotiens morbus redierit: ne crebra vel quasi ludibriosa fiat curatoris creatio, et frequenter tam nascatur, quam desinere videatur [83]). Dat. Kal. Septemb. Lampadio et Oreste VV. CC. Conss. 530.

§. 1392. b.

Rechtlicher Zustand des Wahnsinnigen. Besondere Rechte und Pflichten des Curators.

Die Gesetze stellen die furiosi mit den Pupillen, nämlich solchen, die noch infantes oder infantiae proximi sind, und also noch nicht selbst handeln können [84]),

82) Diese etwas undeutlich ausgedruckten Worte wollen so viel sagen, der Curator setze bey der Wiederkehr der Krankheit die während der hellen Zwischenzeit unterbrochene Verwaltung wieder fort, so daß die Curatel und deren Administration eine und dieselbe bleibt, nicht anders, als ob sie gar nicht wäre unterbrochen worden. So versteht sie auch Merillius l. c. pag. 29.

83) D. h. ein solcher häufiger Wechsel von Aufhören und Wiederentstehen der Curatel würde ins Lächerliche fallen. In den *Basilicis* Tom. V. Lib. XXXVIII. Tit. 10. Const. 22. Tom. V. *Fabroti* pag. 165. heißt es: *ἄτοπον γὰρ ἐστι τὸ λέγειν ὅτι ἐν τοῖς διαλείμμασι πάνεται ὁ κουράτωρ, καὶ πάλιν ἐπεισέρχεται ἐν τῳ καιρῷ τῆς μανίας.* i. e. *Absurdum enim est dicere, in intervallis curatorem esse desinere, et rursus furore redeunte, curatorem esse incipere.*

84) §. 8. 9 *et* 10. *J. de inutilib. stipulat.* (III. 19.) Sonst ist zwischen einem furiosus und pupillus, qui fari potest,

in eine Linie. Ulpian sagt *Libro LIX. ad Edictum* [85]: hominis eius status et habitus *a pupilli conditione* non multum abhorret. Sie werden daher bey rechtlichen Geschäften eben so angesehen, als wenn sie gar nicht gegenwärtig wären. *Furiosus absentis loco est*, sagt Paulus *libro XVI. ad Edictum* [86], et ita Pomponius *libro primo Epistolarum* scribit. Dem Curator kommt daher die Verwaltung aller Angelegenheiten seines Pflegbefohlnen zu, weil er selbst dazu unfähig ist [87]. Er handelt für ihn, wie der Tutor für den Pupillen, der noch Kind ist. Eben daher kann auch bey den rechtlichen Geschäften eines solchen Curanden, der wegen Wahnsinns der vormundschaftlichen Obsorge untergeben ist, von einem bloßen Consense des Curators eben so wenig die Rede seyn, als von einer auctoritas tutoris bey einem solchen Pupillen, der seines Alters wegen noch nicht selbst handeln kann. Denn von dem einem, wie von dem andern, sagen die

allerdings ein Unterschied, wie Paulus *libro II. ad Sabinum* lehrt. Er sagt nämlich in der daraus genommenen *L.* 5. *D. de Reg. iur.* Nam *furiosus* nullum negotium contrahere potest, *pupillus* omnia tutore auctore agere potest.

85) *L.* 7. §. 11. *D. Quib. ex causis in possess. eatur.* (XLII. 4.)

86) *L.* 124. §. 1. *D. de div. Reg. iuris.* S. *Jac.* Gothofredi Comment. ad h. L. pag. 529. sqq. Noch umfassender sagt Julian *L.* 2. §. 3. *D. de iure codicillor.* (*lib. XXXVII. Digestor.*) Furiosus per omnia et in omnibus absentis vel quiescentis loco habetur.

87) §. 8. *J. de inutil. stipulat.* *L.* 5. *D. de Regg. iuris.*

Gesetze, sie haben keinen Willen [88]. Es kommt daher bey den rechtlichen Angelegenheiten derselben blos der Wille des Vormundes in Betrachtung. In dieser Hinsicht sagt Gajus *libro XV. ad Edictum provinciale* [89]:

Si ad *pupillum* aut *furiosum* bonorum possessio pertineat, expediendarum rerum gratia et in agnoscenda, et in repudianda bonorum possessione *voluntatem tutoris curatorisque* spectari debere placuit, qui scilicet, si quid eorum contra commodum pupilli furiosive fecerint, tutelae curationisve iudicio tenebuntur.

Der Curator furiosi hat aber nicht nur für das Vermögen, sondern auch für die Person des Curanden zu sorgen. Ihm liegt daher ob, seinen Aufenthalt zu bestimmen, seine Wartung und Verpflegung zu besorgen, und insonderheit seine Wiederherstellung sich möglichst angelegen seyn zu lassen, wofern nämlich noch eine Heilung bey ihm möglich und zu hoffen ist [90]. Alles

88) *L.* 40. *D. de div. Reg. iur.* *L.* 2. *C. de contrah. emt. et vendit.* (IV. 38.)

89) *L.* 11. *D. de auctorit. et cons. tutor. et curator.*

90) S. von Berg Abhandl. von der Vormundschaft über Geisteskranke, in den jurist. Beobachtungen. 3. Th. S. 222. und Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtssachen. 2. Th. § 314. Das heidnische Alterthum bediente sich dazu des Mittels der *piatio*, welche durch eine Priesterin verrichtet wurde, die davon *piatrix* hieß. *Festus de Verbor. Signif.* voc. *Piari* belehrt uns hierüber aus Verrius Flaccus folgendermassen: PIARI *eos, veluti proprio verbo, ait* VERRIUS, *qui parum sunt animati, cum mentis suae non sint, et*

dieses faßt **Julian** zusammen, wenn er in der oben schon vorgekommenen Stelle[91]) sagt: Consilio et opera curatoris tueri debet non solum patrimonium, sed et corpus ac salus furiosi.

Daß aber der legitimus curator dieses auf seine Kosten thun müsse, wenn der Wahnsinnige unbemittelt ist, wie einige[92]) behaupten wollen, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. Die Gesetze[93]), die man dafür anzuführen pflegt, sagen dieses wenigstens nicht. Sie reden nur davon, daß Rasende, wenn sie durch ihre Verwandten nicht gebändiget werden können, mit

per quaedam verba liberantur incommodo. PIATRIX *dicebatur sacerdos, quae expiare erat solita, quam quidam* SIMULATRICEM, *alii* SAGAM, *alii* EXPIATRICEM *vocant*, et PIAMENTA *etiam dicebantur, quibus in expiando utitur.* Diese *piatio* geschahe durch ein Opfer von Schweinen, welche davon *porci sacres* genennt wurden. Dieses bestätigt eine Stelle bey PLAUTUS *in Menaechmeis* Act. II. Sc. II. v. 14 — 18.

Me. *Respponde mihi,*
Adolescens, quibus hic pretiis porci veneunt
Sacres, sinceri? CYL. *Nummo.* ME. *eum a me accipe.*
Jube te piari de mea pecunia.
Nam ego quidem, INSANUM *esse te, certe scio.*

S. auch VARRO *de Re Rust.* Lib. II. Cap. 1. et 4. und *Jac.* RAEVARDUS Conjectan. Lib. III. Cap. 18. (*Opp. pars postum. Lugd.* 1623. 8. pag. 101. sqq.)

91) *L.* 7. *pr. D. h. t.*

92) LAUTERBACH Colleg. th. pract. Pand. P. II. h. t. §. 42. und die daselbst angeführten Rechtsgelehrten.

93) *L.* 13. §. 1. und *L.* 14. *D. de officio Praesid.* (I. 18.) *L.* 9. §. 2. *D. ad Leg. Pompej. de parricid.* (XLVIII. 9.)

Hülfe der Obrigkeit in sichere Verwahrung gebracht werden sollen, damit sie keinen Schaden anrichten, und daß ein furiosus, wenn er in dem Zustande der Wuth einen Todschlag begeht, deshalb nicht bestraft werden könne, ut *divi Fratres* rescripserunt super eo, qui per furorem matrem necaverat: nam sufficere, furore ipso eum puniri, diligentiusque custodiendum esse, aut etiam vinculis coërcendum.

Wie weit übrigens die Befugniß des Curators rücksichtlich der dem Curanden angefallenen Erbschaften reicht, bleibt dem Titel de acquirenda vel omittenda hereditate vorbehalten. Ich bemerke hier nur noch, daß Alienationen dem Curator nur insofern erlaubt sind, als sie entweder die Verwaltung des Vermögens, oder der Nutzen des Wahnsinnigen erfordert [94].

II. Die *Cura prodigorum* anlangend, so ist sie zwar exemplo curae furiosorum eingeführt worden [95], sie ist aber doch von der letztern darin unterschieden, daß sie mit der Person des Verschwenders nichts zu schaffen hat, sondern blos auf das Vermögen und die Verwaltung desselben beschränkt ist [96]. In Rücksicht der

94) *L.* 11. *L.* 12. *L.* 17. *D. h. t.* S. Dablow's Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 300. S. 552. — 555. Uebrigens ist über das richterliche Verfahren bey der Erklärung eines Menschen für Geisteskrank zum Zweck der Bevormundung noch besonders zu vergleichen Pucht a Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtssachen. 2. Th. §. 297.

95) *L.* 1. *pr. h. t.* Von dem Proceß bey der Erklärung eines Menschen für einen Verschwender ist zu vergleichen Pucht a Handbuch a. a. O. §. 298. S 394. f.

96) Doch findet ein Einwirken auf die Person des Prodigus in

Vermögensverwaltung aber ist das Verhältniß zwischen dem prodigus und seinem Curator dem gleich, welches zwischen einem Minderjährigen und seinem Curator Statt findet [97]). Hier kommt der Consensus curatoris in Betrachtung. Zwar kann sich der prodigus nicht verbindlich machen, ohne Beytritt seines Curators [98]), er kann aber doch mit dessen Einwilligung Contracte schließen, eine Novation eingehen, und eine Erbschaft antreten [99]), welches der furiosus nicht kann [100]). Durch Stipulation, oder durch eine ihm geschehene Tradition kann er zu seinem Nutzen auch ohne seinem Curator acquiriren [1]). Denn das kann auch ein Pupill, dem hierin der Prodigus gleichgesetzt wird [2]), aber kein furiosus [3]). Pom-

so fern Statt, als es zugleich Mittel für den Zweck der Curatel, nämlich denselben zu bessern, ist. Es muß also allerdings auch dafür gesorgt werden, daß der Prodigus zur Arbeitsamkeit und nützlichen Thätigkeit sich gewöhne, und so zu einer lebendigen und fruchtbaren Erkenntniß seiner Verirrung gelange, welches die hier eintretende cura rei nicht ändert. S. Puchta Handbuch. 2. Th. §. 314. S. 430. ff.

97) *L.* 3. *C. de integr. restitut. minor.* (II. 11.)

98) *L.* 6. *D. de Verb. obligat.* (XLV. 1.)

99) *L.* 5. §. 1. *D. de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) *L.* 3. *D. de novat.* (XLVI. 2.). S. *Pet.* Fabri Comm. ad Tit. D. de div. regg. iuris L. 40. pag. 122. sq. Lauterbach Colleg. theor. pract. Pand. h. t. § 36. und Carpzov Jurispr. for. P. II. Const. XV. Def. 37.

100) *L.* 63. *D. de acquir. vel omitt. hered.* Jedoch ist die Zeit eines dilucidi intervalli auszunehmen. *L.* 7. *C. h. t.*

1) *L.* 6. *D. de Verb. obligat.* *L.* 3. *D. de novat.* S. den 4. Th. des Commentars §. 228. S. 57 — 59.

2) *L.* 9. *D. de auctor. et cons. tutor. et curat.* *L.* 9. §. 7. *D. de rebus credit.*

3) *L.* 63. *D. de acquir. vel omitt. hered.* Lauterbach l. c. §. 42.

ponius sagt zwar *libro XXXIV. ad Sabinum* [4]): Furiosi, vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est; allein vergleicht man die aus demselben Buche des Pomponius genommenen Stellen [5]), so will Pomponius nur soviel sagen, daß wissentliches Schweigen zu einer seinem Vermögen nachtheiligen Handlung, z. B. durch fremde Vornahme eines novi operis, den Prodigus nicht verbindlich mache [6]).

Uebrigens läßt sich wohl nicht behaupten, daß die Prodigalitätserklärung sich blos auf dasjenige Vermögen beschränke, welches der Prodigus zu der Zeit, da ihm die Verwaltung desselben untersagt würde, noch besaß, und nur auf dasjenige zukünftige, was durch den Curator vermöge schon vorhandener Rechte, oder in Folge der Verwaltung erworben wird; mithin derselbe nur blos in Ansehung desselben ausser Activität gesetzt werde [7]). Der Ausdruck *interdicere bonis* umfaßt das ganze Vermögen des Verschwenders, nicht nur das schon vorhandene, sondern auch das noch zukünftige, es mag solches

4) *L.* 40. *D. de div. Regg. iuris.* (L. 17.)

5) *L.* 25. *D. de servitut. praedior. rust. L.* 20. *de aqua et aquae pluv. arcend. act.* (XXXIX. 3.) *L.* 30. *D. de acquir. rer. dom.* (XLI. 1.) *L.* 2. *D. de fluminib.* (XLIII. 12.) *L.* 3. *D. de aqua quotid. et aest.* (XLIII. 20.) S. *Abr.* Wieling Jurispr. Restit. pag. 230. sq.

6) S. *Jac.* Gothofredi Comment. in tit. Pand. de div. Regulis iur. ad L. 40. cit. pag. 203. sqq. Man sehe hier überhaupt noch Gesterding von der cura prodigi §. 1. in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über verschied. Rechtsmaterien S. 51. ff.

7) S. Dabelow Handbuch des Pandectenrechts. 3. Th. §. 301. S. 558.

durch die Verwaltung des Vormundes, oder durch Erbschaften, Vermächtnisse und Schenkungen erworben werden, welche dem Prodigus zufallen [8]). Und dieses ganze zufällige künftige Vermögen des Verschwenders sollte mit der Prodigalitätserklärung auch gar nichts zu schaffen haben, mithin nicht unter die angeordnete Curatel fallen, sondern seiner Disposition anheimgestellt seyn? Wie wenn der Prodigus mit dem neuerworbenen Vermögen eben so übel wirthschaften sollte, als er mit dem Vermögen gewirthschaftet hat, welches der Staat unter seine besondere Aufsicht und Obhut genommen? und dieses könnte ihm der Staat gestatten? Auf solche Art wäre ihm ja die Verwaltung seines Vermögens zum Theil verboten, zum Theil gelassen, und ihm also in Ansehung der letztern ein neuer Spielraum zur Verschwendung gegeben. Wo ist ein solcher Unterschied in den Gesetzen zu finden? Sie konnten aber auch ohnmöglich einen solchen Unterschied machen, weil sie ja demjenigen, welchen sie wegen der Verschwendung unter die Curatel zu setzen verordnen, nicht die Verwaltung eines Theils seines Vermögens gestatten, und ihm dadurch neue Veranlassung zur Verschwendung geben können, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen. Ohnehin wird gewöhnlich nur erst dann zu dem Mittel der Prodigalitäts-Erklärung geschritten, wenn es mit der Verschwendung schon so weit gediehen ist, daß das noch übrige Vermögen nur

8) S. Brissonius de Verbor. Signific. voc. *Interdicere.* Der Ausdruck bona bezeichnet überhaupt und ohne weitere Bestimmung immer ein ganzes Vermögen, und begreifft daher auch bona postea quaesita unter sich. *L.* 208. *D. de Verbor. Signif. L.* 1. *pr. D. de pignorib.*

gleichsam noch, wie aus dem Schiffbruche, gerettet wird. Durch Erbschaften, Vermächtnisse, und Schenkungen, welche dem prodigus zufallen, könnte aber seinem zerrütteten Vermögen wieder aufgeholfen werden. Welches Gesetz könnte also erlauben, solche dem Prodigus in die Hände zu geben, um auch diese zu verschwenden? Eine zweyte Prodigalitäts-Erklärung wegen des nachher noch von dem Verschwender erworbenen Vermögens läßt sich freylich nicht annehmen, sie ist aber auch nicht nöthig, indem die Interdictionsformel dem Verschwender überhaupt die Disposition über sein Vermögen, und, wie Ulpian [9]) sagt, das Commercium untersagt. Deswegen kann er auch weder testiren [10]), noch alieniren [11]), quia in bonis ius non habeat [12]). Er kann sich also auch über des nachher noch erworbene Vermögen keine Disposition anmassen.

§. 1393.

Cura voluntaria.

Auf Verlangen werden von der Obrigkeit Curatoren gegeben den Blödsinnigen, den Tauben und Stummen, den Gebrechlichen, und denen, die an einer immerwährenden Krankheit leiden, sofern sie nicht selbst ihren Geschäften vorstehen können [13]).

9) *Fragm. Tit.* XX. §. 13.

10) §. 2. *J. Quibus non est permissum fac. testam. L.* 18. *pr. D. Qui testam. facere possunt.*

11) *L.* 10. *pr. D. h. t.*

12) S. §. 1390. g. not. 33. S. 189. f.

13) §. 4. *J. h. t. L.* 8. §. 3. *L.* 12. *pr. de tutorib. et curat. datis. L.* 2. *D. h. t.* S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 18. §. 14. 17. et 18.

Der Blinden geschieht zwar in den Gesetzen ausdrücklich keine Erwähnung, es hat indessen keinen Zweifel, daß auch sie auf Verlangen einen Curator erhalten können, wenn sie wegen dieses Gebrechens ihren Geschäften nicht wohl vorzustehen im Stande sind [14].

§. 1394—1396.

Deutsche Geschlechtsvormundschaft.

Auch die Geschlechtsvormundschaft, welche jedoch nicht Justinianeischen, sondern blos deutschen Rechts ist, rechnet Hellfeld zu den besondern Arten der freywilligen Curatel. Dieß ist aber nur insofern wahr, als sich eine Frauensperson bey Eingehung eines rechtlichen Geschäfts ihren Vormund selbst wählen, und solchen auch wieder entlassen kann. Dieser Fall tritt jedoch nur bey unverheyratheten Frauenspersonen ein, denn verheyrathete stehen in den Ländern, in welchen diese Vormundschaft besteht, unter der natürlichen Vormundschaft ihres Ehemannes, und sie können nur insofern einen andern Vormund wählen, als der Ehemann selbst bey dem Geschäft der Frau betheiligt ist. Nothwendig aber ist die Curatel des weiblichen Geschlechts insofern, als in den Ländern, wo sie eingeführt ist, eine Frauensperson ohne Zuziehung ihres Vormundes rechtliche Geschäfte, sofern nicht eine Ausnahme Statt findet, nicht gültig vornehmen kann. Der von der Frauensperson gewählte Beystand muß jedoch von der Obrigkeit bestätiget werden, und eine solche Geschlechts-

14) S. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 20. in fin. und Puchta Handbuch des gerichtl. Verfahrens in nichtstreit. Rechtssachen. 1. Th. §. 40.

vormundschaft wird eine *cura sexus dativa* genannt. Nur der Ehemann bedarf keiner besondern obrigkeitlichen Bestätigung, dieser kann schon, als solcher, bey den Rechtsgeschäften seiner Frau gültig seine Einwilligung ertheilen. Diese eheliche Vormundschaft ist daher, und zwar nur diese allein, eine gesetzliche Geschlechtsvormundschaft, cura sexus *legitima*. Der Geschlechtsvormund hat nun mit der Vermögensverwaltung gar nichts zu thun, sondern wird einer schon großjährigen Frauensperson nur in der Absicht gegeben, um ihr bey ihren gerichtlichen sowohl als aussergerichtlichen Rechtsgeschäften, bey denen ihr ein Curator nöthig ist, mit seinem Rathe beyzustehen, und durch seine Einwilligung denselben Gültigkeit zu verschaffen. Zu gerichtlichen Geschäften ist die Zuziehung eines kriegerischen Vormundes, oder Kriegsvogts, wie er hier genennt wird, immer nothwendig, zu den aussergerichtlichen aber in der Regel nur, insofern sie eine Veräusserung von Immobilien enthalten, und auch bey diesen nur dann, wenn die Veräusserung aus Willkühr, und nicht aus rechtlicher Nothwendigkeit geschieht; wogegen sie zur Errichtung eines Testaments keines Beystandes bedarf. Ist ein Rechtsgeschäft, wozu der Beystand des Geschlechtsvormundes erforderlich war, von einer Frauensperson ohne dessen Zuziehung vorgenommen worden; so ist es ungültig, und die Frau sowohl, als ihr Erbe, ja auch der Bürge hat das Recht, dasselbe anzufechten, denn es wird nur in Hinsicht der Frauensperson als unverbindlich betrachtet. Sie muß nur nicht betrüglich gehandelt haben, oder ihr nicht etwa selbst, ihres eigenen Vortheils wegen, an der Aufrechterhaltung des Geschäfts gelegen seyn. Denn der Andere

bleibt ihr in diesem Falle verbindlich, so daß also ein solches ohne Beytritt eines Curators von ihr geschlossenes Geschäft als ein negotium claudicans betrachtet wird. Da der Geschlechtsvormund nur Rathgeber seiner Curandin ist, so ist er nach den Regeln eines ertheilten Raths nur in sofern verantwortlich, als ein Rathgeber verantwortlich ist [15]; sonst haftet der Curator weder der Frauensperson noch einem Dritten [16]. Für sich allein, und ohne Zuziehung seiner Curandin kann jedoch der Geschlechtsvormund nicht gültig handeln. Die Kauf- und Handelsfrau bedarf aber in Handelsgeschäften, so wenig wie die Hausfrau in ihren häuslichen Angelegenheiten, eines Curators. Auch in Ehesachen, sie betreffen die Eingehung oder Aufhebung der Ehe, kann eine Frauensperson sich ohne Curator verbindlich machen.

Ein Geschlechtsvormund wird übrigens entweder für alle seines Beystands bedürfende Rechtsgeschäfte der Frauensperson, oder nur für ein einzelnes Geschäft bestellt. In jenem Falle wird er ein allgemeiner, in dem letztern aber ein besonderer Curator genennt. Jener muß von dem ordentlichen Richter des Wohnorts bestätiget werden, welches nach angelobter Treue und mittelst eines Decrets geschieht. Letztern kann auch der Richter des Orts bestellen oder bestätigen, wo das Geschäft vorgeht. Ein Zwang, die übertragene Curatel zu übernehmen, findet hier nicht statt, wenn sich der ernannte Vormund dazu nicht freywillig versteht, er kann auch zu jeder Zeit sein Amt niederlegen.

15) S. den 15. Th. des Commentars §. 960. S. 366. f.

16) S. Hofacker Princip. iur. civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 713.

Dieses Wenige genüge hier von einer Rechtslehre, welche eigentlich für die Pandecten gar nicht gehört, sondern blos deutschen Rechts, und nicht einmal gemeinen deutschen Rechts, auch schon von Andern [17]) hinlänglich bearbeitet worden ist, blos darum, weil sie Hellfeld einmal zur Sprache gebracht hatte, gesagt zu haben.

§. 1397.

Curatel über das Vermögen der Abwesenden, nach römischen und deutschen Rechten.

Unter den oben [18]) angeführten verschiedenen Arten

17) Man vergleiche von den ältern *Joach.* Wibel Tr. de contractibus mulierum. *Stuttg.* 1651. 4. *Jo. Henr.* Berger Diss. de curatoris necessitate in actis mulierum (in ejus *Dissertatt.* nr. X.) *Tob. Jac.* Reinharth Diss. sist. genuinas curae sexus et aetatis differentias. *Erford.* 1728. *Aug. a* Leyser de curatore mulieris. (in *Meditationib. ad Pand.* Vol. V. Specim. CCCL.) *Jo. Andr.* Hoffmann Diss. de cura mulierum. *Jenae* 1746. *Jo. Gottl.* Heineccius de marito tutore et curatore uxoris legitimo, (in *Opusculor. varior. Syllog.* Halae 1735. 4. Exercitat. XXIV. pag. 811. sqq.) Von den neuern Ernst Christ. Westphals deutsches und reichsständ. Privatrecht. 2. Th. Abh. 50. S. 106. ff. Carl Ludw. Christph. Röslins Abhandl. von besondern weiblichen Rechten. 1. Bd. 2. Buch 4. Absch. S. 123 — 238. und 2. Bd. 3. Buch 2. Absch. S. 260 — 276. Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heutigen deutschen Privatrechts. 7. B. §. 632. S. 165 — 183. Eichhorns Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 290 ff. Mittermaiers Grundſ. des gemeinen deutsch. Privatrechts §. 380. f. S. 697 — 702. der 3. Ausg. Georg Phillips Grdſ. des gemein. deutsch. Privatrechts (Berlin 1829.) 1. Bd. §. 28. S. 350 — 383. und Haubold Lehrb. des Sächſ. Privatrechs. §. 153 — 162.

18) S. §. 1390. a. S. 117.

einer bloßen Realcuratel zeichnet sich die Curatel über das Vermögen der Abwesenden [19]) vorzüg=

19) Die hierher gehörigen Schriften sind vorzüglich *Burckh.* Bardili Curator bonorum absentis. *Tübingae* 1667. *Jo. Ge.* Simon Diss. de curatore diu absentis, de cuius vita dubitatur. *Jenae* 1672. (in *praesid. academ.* T. II. pag. 871. sqq.) *Isr.* Rosenfeld Diss. de administratione bonorum absentis proximis successoris competente. *Erfordiae* 1712. *Ge. Henr.* Linck Disquis. quaestionis: Quando absens habeatur pro mortuo? *Altdorfii* 1727. *Conr. Wilh.* Strecker Diss. de nullitate alienationis hereditatis absentis ante tempus legitimum a curatore factae. *Erford.* 1735. *Christph. Lud.* Crell Quando curator absentis heredes aeque propinquos a successione excludat? *Vitemb.* 1737. *Aug. a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. *Jo. Rud.* Engau Commentat. de cura absentium. *Jenae* 1753. *Lud. Conr.* Smalcalder (oder *Jac. Frid.* Stockmaier) Diss. de illo, quod iustum est circa eos, qui disparuerunt, vom Recht der Verschollenen. *Tubingae* 1758. *Christ. Frid. Imman.* Schorch Meditationes, in quibus praecipua capita doctrinae de cura bonorum absentis examinantur. *Lipsiae et Francof.* 1761. 4. *Christ. Henr.* Breuning Diss. de iure bonorum absentis. *Lipsiae* 1766. *Jo. Frid.* Piel Diss. de translatione bonorum absentis vel probata morte, vel praesumta demum efficaci. *Goetting.* 1768. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 84. *Jo. Ad. Th.* Kind Diss. de successione in bona absentium. *Lipsiae* 1776. *Ge. Steph.* Wiesand Diss. de cura bonorum absentis. *Vitemb.* 1782. *Henr. Christ.* Motz Selecta capita doctrinae de cura bonorum absentis. *Marburgi* 1785. und *Eman. Rud.* Frey Diss. iuris civ. Bernens. de cura bonorum absentis. *Heidelberg.* 1819. Außerdem haben von dieser cura noch gehandelt Joh. Aug. Donndorf in der Samml. jurist.

lich aus, von welcher daher hier noch besonders zu handeln ist. Um jedoch den juristischen Standpunct, von welchem aus diese Lehre zu beurtheilen ist, näher zu bestimmen, muß das System des römischen Rechts von dem des deutschen Rechts wohl unterschieden werden. Denn beyde Rechtssysteme weichen hier sehr von einander ab. Vorläufig müssen wir jedoch bemerken, daß bey der Curatel über das Vermögen der Abwesenden zweyerley vorausgesetzt wird, nämlich 1) es muß ungewiß seyn, ob der Abwesende noch lebt, oder todt ist; denn nur in diesem Falle sagt man eigentlich, daß Jemand verschollen sey [20]. 2) Der Abwesende

Abhandlungen Nr. 10. und 11. Carl Lud. Christph. Röslin in den krit. Versuchen über Recht und Unrecht. Nr. 3. Gottfr. Christ. Voigt Abhandlungen über einzelne Gegenstände des Rechts und der Gesch. Nr. 2. Joh. Christ. von Quistorp rechtl. Bemerkungen 1. Th. Nr. 16. Carl Ge. von Zangen Beyträge zum deutschen Recht. 2. Th. S. 67 — 142. Gmelin und Elsässer gemeinnützige jurist. Beobachtungen und Rechtsfälle. 4. Bd. Nr. 10. b. u. Nr. 11. Christ. Heinrich Gottl. Köchy Meditationen über die interessantesten Gegenstände der Civilrechtsgelahrtheit. 1. Bd. Betracht. 23. Joh. Ad. Seuffert Erörterungen einzelner Lehren des Röm. Privatrechts. 1. Abth. Nr. IX. S. 53. und 54. Gottfr. Phil. von Bülow Abhandlungen über einzelne Materien des röm. bürgerl. Rechts. 1. Th. Nr. 12. F. C. Gesterding Ausbeute von Nachforschungen über verschied. Rechtsmaterien. 1. Th. Nr. XIII. 3. S. 338. ff. und B. W. Pfeiffer pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft. 2. Bd. Nr. V. S. 236 — 262. Man vergl. auch Curtius sächsisch. Civilrecht. Th. 1. S. 380.

20) Ueber die Etymologie des Worts verschollen s. *Laur. de*

muß keinen Bevöllmächtigten hinterlassen haben, dem er die Verwaltung seines Vermögens übertragen hat. Hier kann von der Bestellung eines Curators keine Rede seyn, sondern die allgemeinen Grundsätze von der Bevollmächtigung zur Verwaltung fremder Güter kommen hier zur Anwendung [21]).

Soviel nun zunächst das Röm. Recht betrifft, so ist die Curatel über das Vermögen eines Abwesenden eine bloße cura dativa, welche von der Obrigkeit, deren Gerichtsbarkeit der Abwesende entweder wegen seines darunter gelegenen Vermögens, oder weil er dort seinen Wohnsitz hat, für seine Person unterworfen ist [22]), angeordnet wird. Die römischen Gesetze [23]), welche von dieser Curatel sprechen, gedenken zwar nur hauptsächlich des Falles, wenn ein römischer Bürger in feindliche Gefangenschaft gerathen war. Denn da ein solcher Bürger in diesem Zustande keinen Procurator haben konnte [24]);

Westenrieder Glossar. Germanico-Latin. Voc. *Verschollener.*

21) S. *Christ. Gottl.* Riccii Spicileg. iuris Germ. §. 482. Motz Diss. cit. de cura bonor. absentis. §. 3. und Schweppe Römisches Privatrecht 1. Bd. §. 209. u. 210. (nach der 4. Ausg. Göttingen 1828.)

22) Bardili de curat. bonor. absentis. Cap. III. Th. 7. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 707.

23) *L.* 15 *pr. D. Ex quib. caus. maior. L.* 6. §. *ult. in fin. D. de tutel. L.* 6. §. 2. *D. Quib. ex caus. in possess. eat. L.* 1. §. *ult. D. de munerib. L.* 3. et *L.* 4. *Cod. de postlim. revers.* (VIII. 51.) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 23. §. 7.

24) *L.* 15. *pr. D. Ex quib. caus. maiores:* quia nec procuratorem habere possunt.

so mußte durch Bestellung eines Curators dafür gesorgt werden, daß das Vermögen desselben nicht während der Gefangenschaft zu Grunde gieng, oder Andern zum Raube wurde [25]). Gerade aus diesem Grunde wurde aber diese Curatel auch auf andere Abwesende erstreckt, von deren Leben und Schicksal man nichts erfahren konnte. Daher wird in den Gesetzen der Curator absentis als verschieden von dem Curator eines ab hostibus capti gedacht [26]). Um die Anordnung dieser Curatel mußten diejenigen bitten, denen daran gelegen war [27]), z. B. die künftigen Erben, oder auch die Gläubiger [28]). Der Curator brauchte aber nicht nothwendig aus den Verwandten des Abwesenden genommen zu werden, denn die cura bonorum absentis war keine legitima cura, sondern

25) *L.* 6. §. *ult.* *D.* *de tutelis.* Curator substantiae dari debet, *ne in medio pereat.* *L.* 3. *C.* *de postlim. revers.* (VIII. 51.) et bona eorum fraudibus diversae partis dissipari. *L.* 33. §. 2. *D. de procurator.* Publice utile est, ne absentes indefensi relinquantur.

26) So z. B. sagt Ulpian *L.* 22. §. 1. *D. de rebus auct. iud. possid.* (XLII. 5.) Sed si bonis curator datus est vel *absentis*, vel *ab hostibus capti*, etc. S. Bardili Curator bonorum absentis. Cap. III. Th. 5.

27) *L.* 3. *C. de postlim. revers.* Impp. Diocletian. et Maximian. Varo. Cum cognatos tuos nondum postliminio reversos adfirmes, sed adhuc in rebus esse humanis, et bona eorum fraudibus diversae partis dissipari: *interpellatus Rector provinciae providebit eum sub observatione consueta constituere*, qui stipulante servo publico satis idonee dederit.

28) *L.* 6. §. 2. *L.* 8. *D. Quib. ex caus. in possession. eat.* (XLII. 4.)

der Magistrat bestellte den Curator ohne Rücksicht auf Verwandtschaft. Diese Curatel ist also nach dem Röm. Rechte nichts anders, als eine gewöhnliche Realcuratel, die dem Curator als munus personale übertragen wird, und daher allen denjenigen Bestimmungen und Beschränkungen unterliegt, welche von einer solchen Realcuratel gelten. Nach dem Röm. Rechte können daher nur solche Personen dazu gelangen, welche die subjective Fähigkeit haben, zu Vormündern bestellt zu werden. Eben so blieben auch die Römer in Ansehung der Erbfolge in das Vermögen eines Abwesenden streng bey dem Grundsatz stehen, daß ein Erbrecht nur da Statt finden könne, wo gewiß ist, daß der Erblasser gestorben sey [29]. Die Gesetze derselben erfordern daher den Beweis des Todes selbst in Fällen, wo das Leben oder Tod des Abwesenden noch ungewiß ist, und verordnen ausdrücklich, daß derselbe gar nicht soll beerbt werden können, so lange diese Ungewißheit dauert [30]. Denn auch in dem Falle,

29) *L.* 19. *D. de acquir. vel omitt. heredit.* (XXIX. 2.)

30) *L.* 4. *C. de postlim. revers.* Impp. DIOCLETIAN. et MAXIMIAN. Hermogeni et aliis. Nec nos praeteriit, hereditatem eius, quam incognitum erat ab hostibus interfectam, an captam esse, a filio adiri non potuisse, quoniam eorum bona, qui in hostium potestatem rediguntur, *eo demum tempore successionis iure acquiri possunt*, *cum captos apud hostes mortuos esse cognoscitur.* Nec super facultatibus eius, *cuius incerta vita ac fortuna fuit*, transigi vel iudicari potuit. *Unde posteaquam apud hostes materteram vestram fati munus implesse innotuit: tunc vobis licentia permittitur adgnoscendae per bonorum possessionem successionis:* non officientibus enim his, quae perperam gesta

da Jemand verschollen ist, hat das Röm. Recht keine Vermuthung für das Verstorbenseyn, als höchstens nach zurückgelegtem hundertsten Jahre, quia is finis vitae longaevi hominis est [31]).

Von diesen Grundsätzen des Röm. Rechts weicht nun das deutsche Recht, welches sich durch einen weit verbreiteten Gerichtsgebrauch gebildet hat [32]), in mehreren Puncten wesentlich ab, so daß daher diese Curatel als eine cura prorsus irregularis betrachtet wird, welche nur sehr uneigentlich cura genennt werde [33]). Die besondern Eigenthümlichkeiten dieses deutschrechtlichen Instituts, wie solche durch den Gerichtsgebrauch ihre Bestimmung erhalten haben, bestehen darin [34]).

sunt, si priorem gradum obtinetis, successionis compendium ad vos pertinet.

31) *L. 56. D. de usufr. L. 8. D. de usu et usufr. legat.* (XXXIII. 2.) *L. 23. C. de SS. eccles.* (I. 2.) S. Schweppe Röm. Privatrecht. 1. B. §. 61. S. 148. f. (der 4. Ausg.)

32) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. XV. Defin. 48. nr. 2. sagt: *Generali multorum locorum consuetudine obtinuit.* Man sehe vorzüglich Schorch Meditation. §. 3.

33) So nennen sie Leyser Meditation. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. medit. 7. pag. 344. Brokes Select. Observation. forens. Obs. V. §. 32. Schorch Meditation. cit. § 4. in fin. und Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs. 84. §. 2. sagt: Ea quidem *proprie* cura non est.

34) Am vollständigsten sind diese Eigenthümlichkeiten der deutschrechtlichen cura absentium dargestellt in Pfeiffers pract. Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissensch. 2. Bd. S. 240. ff.

1) Das rechtliche **Fundament** dieser Curatel beruht auf einem präsumtiven Erbrechte, und dem eigenen Interesse, welches diejenigen, denen jenes zusteht, bey der Erhaltung des von dem Abwesenden zurückgelassenen, und sobald dessen Ableben nachgewiesen, oder rechtlich vermuthet werden kann, ihnen gesetzmäßig zufallenden Vermögens haben [35]. Daher haben die nächsten Verwandten und präsumtiven Erben des Verschollenen ein vorzügliches Recht zu dieser Curatel, und schließen jeden Andern aus. Sie wird daher als eine *legitima* cura betrachtet, in sofern sie den nächsten Verwandten **vermöge eignen Rechts** zusteht, und zur Sicherstellung eventueller Erbansprüche geltend gemacht und ausgeübt wird [36]. Sie ist nur

35) *Ben.* Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. 15. Def. 48. Respons. iur. Lib. V. Resp. 83. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observation. ad Christinaei Decision. Vol. III. Obs. 35. nr. 3. pag. 55. *Christ. Gottl.* Riccius Spicileg. iuris German. §. 484. pag. 635.

36) Rosenfeld Diss. cit. de administratione bonor. absentis proximis successuris competente, und Smalcalder Diss. de illo, quod iustum est circa eos, qui disparuerunt. §. 12 — 15. Ein gleiches Recht wird von mehreren Rechtsgelehrten auch den Testaments- und Vertragserben selbst vor den gesetzlichen Erben eingeräumt. S. Lyncker Cent. I. Decis. 40. Engau Diss. de cura absentium. Not. f. Schott Diss. de citatione edictali in hereditatis ob mortem praesumtam petitione iure Saxon. elect. praescripta. *Lipsiae* 1791. 4. Cap. II. §. 4. pag. 45. und *Christ. Gottl.* Haubold ad Bergeri Oecon. iuris. Tom. I. Lib. I. Tit. IV. Th. 6. Not. 11. Obs. r. p. 191. So erkannte auch das Ober-Appellationsgericht zu **Hessen-Cassel** in *de* Canngiesser Collect. Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. CXXXXI. nr. 8. pag. 597. Diese Meinung hat für sich, daß das gesetzliche Erbrecht

dann eine Dativ-Curatel, wenn entweder keine präsumtive Erben vorhanden sind, oder die vorhandenen von ihrem Rechte keinen Gebrauch machen wollen, woraus jedoch für sie kein Nachtheil in Rücksicht ihres künftigen Erbrechts erwächst [37]. Es muß aber der Abwesende zuvor durch Edictalien unter Androhung des Rechtsnachtheils, hinsichtlich seines vorhandenen Vermögens für todt erklärt zu werden, vorgeladen werden [38], denn erst nach dem Verlaufe des Termins kann eine solche Curatel verfügt werden. Bis dahin kann eine

nicht eintritt, wenn ein Testamentserbe da ist. Sie ist auch in mehreren Gesetzgebungen gebilliget, z. B. im allgem. Preuß. Landrechte 2. Th. 18. Tit. §. 26. und Hohenlohischem Landrecht 5. B. Tit 1. §. 24. Daß dieses auch dem Baierischen Landrechte gemäß sey, behauptet von Kreittmayr in den Anmerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. 1. Th. 7. Kap. §. XXXIX. Nr. 6. Man sehe auch *Cod. Napoleon.* Art. 123. und von Maleville Commentar. 1. Bd. ad h. Artic. Man vergleiche jedoch Schorch Meditat. de cura bonor. absentis §. XVII.

37) Denn von einer Repudiation der Erbschaft kann so lange gar keine Rede seyn, als die Erbschaft nicht angetreten werden kann. *L. 5. D. de acquir. vel omitt. heredit.* Eine Entsagung wird aber ohnehin nicht vermuthet. Man vergleiche vorzüglich Crell Diss. cit. Quando curator absentis etc. §. VII. und Motz Diss. cit. de cura bonor. absentis. §. 9.

38) S. vorzüglich von Bülow Beytrag zur Lehre von der Legitimation zu der Erbfolge in das Vermögen eines Verschollenen. §. 3. (in Desselben Abhandlungen über einzelne Materien des Röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 286. ff.)

gewöhnliche Dativ-Curatel eintreten [39]). Hiernach bestimmt sich nun auch

2) die rechtliche Beschaffenheit dieser deutschrechtlichen Curatel, welche nach der Praxis in einer vorläufigen und fürsorglichen Besitznahme einer künftigen präsumtiven Erbschaft unter der resolutiven Bedingung der Restitution, wenn der Abwesende wieder erscheinen, oder ein näherer Erbe zur Zeit des definitiven Erb-Anfalls sich finden sollte, besteht [40]). Die zufolge der fürsorglichen Einweisung dem nächsten präsumtiven Erben zustehende gesetzliche Verwaltung ist demnach keine gemeine Curatel. Pufendorf [41]) nennt sie eine successio conditionalis, quae pura fit, si absens non redierit, und Carpzov [42]), dem hierin mehrere Practiker [43]) gefolgt sind, bezeichnet sie, als eine custo-

39) S. Mittermaier's Grundsätze des gemeinen deutsch. Privatrechts. §. 379.

40) S. Riccius Spicileg. iuris Germ. §. 482. nr. 3. pag. 633. von Bülow Abhandlungen. 1. Th. Nr. XII. S. 283. und S. 285. Voigt's Abhandlungen Nr. II. S. 46. f. besonders Pfeiffers pract. Ausführungen. 2. B. Nr. V. S. 241.

41) Observation. iuris univ. Tom. IV. Obs 84. §. 2.

42) Jurispr. for. P. III. Const. 15. Def. 48. und Respons. iur. Lib. V. Resp. 83. nr. 11.

43) Schilter Prax. iuris Rom. Exerc. XV. §. 73. *Just. Henn.* Boehmer Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. 622. nr. 6. pag. 916. *Jo. Balth.* a Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 356. nr. 2. pag. 357. P. V. Obs. 22. nr. 3. pag. 996. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observat. ad *Christinaeum*. Vol. III. Obs. 35. nr. 5. pag. 55. *Pet.* Müller ad *Struvium* Tom. I. Exercit. X. Th. 66. not. γ. pag. 658. Bardili curator

dia et praematura successionis occupatio. Dieses System ist zwar von mehreren [44]) aus dem Grunde bestritten worden, quia viventis nulla successio est; allein es läßt sich dieser allerdings nicht unerhebliche Zweifel, zur Aufrechterhaltung der Praxis, dadurch beseitigen, daß man sagt, es sey ja hier von keiner schon zur Zeit der Uebernahme der sogenannten Curatel über das Vermögen des Verschollenen definitiv erfolgten Erbfolge die Rede, indem das Vermögen im Falle des Wiedererscheinens des Abwesenden diesem, oder wegen Nachweisung eines bessern Erbrechts demjenigen, welcher dieses ausgeführt hat, restituirt werden müsse, woraus sich also die vorherige Unstatthaftigkeit irgend einer Succession von selbst ergebe [45]). Es scheint demnach nur der von einigen Rechtsgelehrten gebrauchte Ausdruck einer *successio anticipata* unpassend zu seyn, denn daß diese deutschrechtliche Curatel gleichwohl eine wesentliche Beziehung auf die künftige Succession des Verschollenen habe, können selbst diejenigen nicht in Abrede

bonor. absentis. Cap. IV. Th. 11. Crell Diss. cit. §. 3. Schorch Meditation. cit. §. 4. u. m. a.

44) Motz cit. Diss. de cura bonor. absentis. §. 8. Kind Diss. cit. de success. in bona absentium. §. 5. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. I. §. 707. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts. Bd. 7. S. 633. S. 184. *Jo. Christph.* Koch Diss. Utrum absentium successio fiat ex nunc an ex tunc; als Auctar. II. Succession. ab intestato civ. pag. 225. (edit. VII. *Giessae* 1790. 8.) S. auch den 7. Th. des Commentars. §. 562. S. 497.

45) S. Pfeiffers pract. Ausführungen 2. B. S. 241. f. vergl. auch Crell Diss. cit. §. 5.

stellen, welche eine successio anticipata mit Recht verworfen haben. Die große Verschiedenheit unserer deutschrechtlichen cura absentium von einer gewöhnlichen cura bonorum äussert sich ferner

3) in Ansehung der Subjecte, welchen dieselbe übertragen wird. Denn wenn jene nur solchen Subjecten übertragen werden kann, welche die persönliche Fähigkeit, eine Vormundschaft zu führen, besitzen, so kommt es hierauf bey dieser gar nicht an, weil hier blos auf das durch präsumtives Erbrecht begründete eigene Interesse desjenigen geschehen wird, welcher auf diese Curatel Anspruch macht. Der nächste Erbe gelangt also zu deren Uebernahme, ohne darauf Rücksicht zu nehmen, ob er eine Vormundschaft zu führen im Stande sey, oder nicht [46]. Daher können auch diejenigen zu dieser Curatel gelangen, die selbst unter der Vormundschaft stehen, z. B. Unmündige, Minderjährige, Blödsinnige, in welchem Falle denn, wie sich von selbst versteht, die ihnen deferirte cura absentis von den Vormündern verwaltet wird, welche deren eigene Geschäfte zu besorgen haben [47]. Es tritt hier die unbedingte Regel ein: *Quo*

46) Carpzov P. III. Const. XV. Def. 48. nr. 8. Leyser Specim. XCVII. medit. 1. et 2. Stryk Us. mod. Pand. Lib. XLII. Tit. 7. §. 4. Reinharth ad *Christinaeum.* Vol III. Obs 35. nr. 7. Crell Diss. cit. Quando curator etc. §. 3. Voigt Abhandl. S. 47. Hofacker c. l. §. 707. und Danz a. a. O.

47) Leyser Meditation. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXXX. medit 4. Carpzov Resp. iur. Lib. V. Resp. 83. nr. 12. Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. V. Obs. 22. Reinharth c. l. nr. 7. *Christ. Gottl.* Riccius Spicileg. iuris German. Lib. I. Tit. 28. ad §. 484. pag. 635.

quis propior est ad successionem, eo quoque propior est ad suscipiendam hanc curam [48]. Hieraus folgt, daß ein schon bestellter Dativ-Curator, selbst wenn er ein Verwandter wäre, dem nächsten Präsumtiv-Erben weichen muß, wäre auch kein anderer Grund, als der des nähern Erbrechts, vorhanden [49]. Gleich nahe Verwandte haben also zu dieser Curatel ein gleiches Recht [50]. Mehrere Rechtsgelehrten [51] sind zwar der Meinung, daß wenn einmal dem nächsten Erben die Curatel übertragen worden, andere nicht weiter zugelassen würden, wenn sie auch in gleichem Grade verwandt wären. Allein mit Recht ist diese Meinung von Andern [52] verworfen worden. Denn geht man von

Crell c. D. §. 3. Verb. *Ad quemcunque.* Engau Diss. de cura absentium. pag. 5. Hofacker c. l. Danz a. a. O.

48) S. Wiesand Diss. cit. de cura bonor. absentis. §. VI.

49) Bardili Diss. Curator. bonor. absentis Cap. IV. Th. 12. Schorch cit. Meditation. de cura bonor. absentis. §. 4. pag. 6. Reinharth c. l. nr. 3. Motz cit. Diss. §. 5.

50) Richter Decis. LXV. nr. 5. Engau Diss. cit. §. *Quodsi* pag. 4. sq. Schorch Meditation. citt. §. IV. pag. 6.

51) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. 15. Def. 49. nr. 4. *L. B.* a Wernher Select. Observation. forens. Tom. I. P. II. Obs 356. nr. 3. et 4. Reinharth select. Observation. ad *Christinaeum.* Vol. III. Obs. 35. nr. 9—12. Crell Diss. cit. Quando curator absentis heredes aeque propinquos a successione excludat. §. VIII. und Riccius Spicileg. iuris German. §. 483. pag. 634.

52) *Aug.* a Leyser Meditation. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. medit. 6. Schorch Meditat. citt. §. 4. pag. 6. und Danz Handb. Th. VII. S. 185. So erkannte auch die Göttinger Juristen-Facultät in Se. Lud. Böhmers aus-

dem allgemein anerkannten Grundsatz aus, daß das rechtliche Fundament dieser Curatel lediglich in der Nähe des präsumtiven Erbrechts besteht, so folgt daraus nothwendig, daß der zum Curator bestellte vermeintlich nächste Präsumtiv-Erbe nicht nur, wenn in der Folge ein näherer Erbe seinen Anspruch geltend macht, diesem die Curatel abtreten, sondern auch, wenn sich Andere gleich nahe Verwandten melden, dieselben daran Theil nehmen lassen müsse [53].

erlesenen Rechtsfällen 3. Bandes 1. Abth. Resp. 176. Nr. 8. S. 4.

53) S. Pfeiffers angef. pract. Ausführungen. 2. Bd. S. 244. Eine Präclusion der sich nachher meldenden präsumtiven Erben ließe sich nur dann denken, wenn diejenigen, welche auf diese Curatel Anspruch machen können, unter Androhung dieses Nachtheils wären vorgeladen worden, und sich nicht vor dem Termin gemeldet hätten. Denn hier ließe sich sagen: Imputent sibi, quod non vigilaverint, et tacuerint, aliique curam deferri passi fuerint. Auf die künftige Erbfolge in die Verlassenschaft des Verschollenen selbst, indem von der wirklichen Succession noch zur Zeit gar nicht die Frage ist, hat indessen diese Präclusion, als welche nur die Curatel allein angeht, keinen nachtheiligen Einfluß, weil Niemand zur Uebernehmung dieser Curatel genöthiget wird. Denn sie ist kein munus publicum, sondern vielmehr ein Recht, eine Wohlthat. Die Entsagung des Rechts zur Curatel schließt also noch keinen Verzicht auf die künftige Erbschaft selbst in sich. S. Engau Diss. de cura absent. pag. 5. Riccius Spicileg. §. 483. in fin. Smalcalder Diss. de his, qui disparuerunt. §. 20. besonders Motz Diss. de cura bonor. absentis. §. 9.

§. 1397. a.

Fortsetzung. Ist die Curatel der Abwesenden nach D. Rechten erblich?

Einen eigenthümlichen Unterschied der heutigen cura bonorum absentis von einer gewöhnlichen Realcuratel wollen mehrere [54]) auch 4) darin gefunden haben, daß jene erblich seyn soll, und von dem ersten Vormund auf seine Erben, als ein der Erbschaft selbst anklebendes Recht, übertragen werde, wenn sie gleich nicht durch die gesetzliche, sondern testamentarische Erbfolge zur Erbschaft berufen werden. Andere [55]) hingegen beschränken diese Erblichkeit der Curatel dahin, daß sie nur so zu verstehen sey, wenn die Erben des verstorbenen Curators ebenfalls Verwandte sind. Denn wären diese extranei heredes, sie mögen nun entweder Testaments- oder Intestaterben seyn; so seyen diese den Verwandten nicht vorzuziehen. Allein diese Ansicht hat offenbar die jetzt allgemein als unrichtig anerkannte Idee einer successio anticipata, wodurch schon ein definitives Erbrecht erworben worden, zum Grunde, und wird daher von den meisten Rechtsgelehrten [56]) mit Recht verworfen. So-

54) Richter P. III. Decis. LXV. nr. 7. et 17. Müller ad *Struvium*. Tom. I. Exercit. X. Th. 66. not γ. Nr. IX. Crell Diss. cit. §. VI. Voigt von der deutschen Vormundschaft und Verwaltung der Güter der Verschollenen, in Desselben angeführten Abhandlungen Nr. 2. S. 48.

55) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. 15. Def. 49. et 50. Reinharth Select. Observat. ad Christinaeum. Vol. III. Obs. 35. nr. 9. et 10. Engau Diss. cit. pag. 7.

56) Bardili Diss. de curatore bonor. absentis. Cap. VIII. Th. 42. et 43. Smalcalder Diss. de illo, quod iustum

lange der Verschollene noch nicht für todt erklärt werden kann, wird angenommen, er lebe noch. Es kann also auch von keiner Erbschaft die Rede seyn, die mit der Curatel angetreten, und auf die Erben des Curators transmittirt werde. Sind die Erben des Curators gerade die nächsten Verwandten des Verschollenen, so fällt zwar die Curatel an diese, aber nicht als Erben des verstorbenen Curators, sondern als die nächsten Verwandten des Verschollenen. Sind sie es nicht, so müssen sie die Curatel denen überlassen, die nun die nächsten Verwandten sind, und sind gleich nahe Verwandte vorhanden; so können sie sich nicht weigern, die Verwaltung mit denselben zu theilen [57]).

§. 1397. b.

Pflichten des Curators bey Uebernehmung der cura absentis. Errichtung eines Inventars, Cautionsleistung.

Dagegen zeigt sich aber 5) eine nicht unerhebliche Eigenthümlichkeit dieser Curatel in Ansehung der Bedingungen bey Uebernahme derselben. Daß der Curator a) verbunden ist, vor allen Dingen für die Fertigung eines genauen Inventars über das Vermögen des Abwesenden, als genügende Grundlage einer

est circa eos, qui disparuerunt. §. 33 Wiesand Diss. de cura bonorum absentis. § VIII. Hommel Rhapsod. Quaestion. forens. Vol. I. Obs. 107. nr. 4. Hofacker Princip. iuris civ. Rom. Germ. §. 709. und Pfeiffer von der teutschrechtlichen Curatel über das Vermögen der Abwesenden, in Desselben pract. Ausführungen. 2. B. S. 244. f.

57) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. med. 6. und Hofacker Princip. Tom. I. §. 707. not. d.

möglichen dereinstigen Verbindlichkeit zur Rechnungs-Ablegung, Sorge zu tragen, ist zwar nichts Besonderes. Denn dieß findet auch bey jeder andern Curatel Statt, und liegt auch hier schon in der mit der Uebernahme des Vermögens verknüpften Bedingung eventueller Restitution [58]. Jedoch ist dabey dem Curator die Vorsicht zu empfehlen, daß er in dem Inventar zugleich bemerken lasse, in welchem Zustande sich die Sachen, besonders die Gebäude, zur Zeit der übernommenen Administration befunden haben, um nicht dereinst bey der Herausgabe des Vermögens, entweder wegen des schlechten Zustandes, in welchem sich vielleicht die Sachen, besonders die Gebäude und Grundstücke, befinden, oder wegen der auf die Ausbesserung derselben verwendeten Kosten in verdrießliche Processe verwickelt zu werden [59]. Allein mit mehrerem Grunde kann b) die unbedingte Verpflichtung zur Cautionsleistung, als dieser Curatel eigenthümlich, betrachtet werden, welche hier um so nothwendiger erscheint, weil dem Abwesenden keine gesetzliche Hypothek auf dem Vermögen seines Curators zusteht [60]. Für diese Cautionsleistung hat die Obrig-

58) S. Pfeiffer a. a. O. S. 246.

59) S. Smalcalder Diss. cit. §. 26. Das Gericht kann in dieser Hinsicht den Curator berechtigen, auf Kosten des Abwesenden die unbeweglichen Güter von einem gerichtlich dazu ernannten Kunstverständigen besichtigen zu lassen, dessen Bericht über den Zustand der Güter, ihm als ein öffentliches, diesen Zustand constatirendes Document, zum künftigen Beweise dienen kann.

60) *L.* 22. *D. de rebus auctor. iud. possid.* (XLII 5.) S. den 19. Th. des Commentars §. 1088 S. 154 Not. 26. und Berger Elect. disceptation. forens. Tit. XLV.

keit bey eigener Verantwortlichkeit zu sorgen, noch ehe sie dem Curator die Verwaltung des Vermögens überträgt, damit der Abwesende auf den Fall des Wiedererscheinens, oder auch der dereinstige nähere Erbe wegen der Restitution des Vermögens vollkommen gesichert sey [61]. Das Eigenthümliche bey dieser Cautionsleistung zeigt sich aber besonders darin, daß von derselben Niemand befreyt ist, auch selbst in solchen Fällen nicht, wo sonst eine Befreyung von der Cautionsleistung Statt findet [62]. Daher befreyt den Curator auch Ansessigkeit nicht [63],

Obs. 2. not 2. pag. 1501. *de* COCCEJI iur. civ. controv. Lib. XX. Tit. 2. Qu. 5. ROSENFELD Diss. de administrat. bonor. absentis. §. 22. STRECKER Diss. de nullitate alienation. hereditatis absentis. §. 26. BARDILI Diss. cit. Cap. VIII. Th. 45. pag. 57. *Ferd. Christph.* HARPPRECHT Diss. trutina XX. pignor. tacitor. vel indubie spurior. vel summe dubior. §. XI. nr. 67. (*Dissertation. academ.* Vol. I. pag. 1109) WIESAND Diss. de cura bonor. absentis. §. IX. MOTZ Diss. cit. §. 10. und HOFACKER Princ. iuris civ. R. G. Tom. I. §. 710. in fin. Man vergleiche jedoch *de* BERGER Oecon. iuris Lib. I. Tit. IV. Th. VI. Not. 14. Tom. I. pag. 194. (edit. *Haubold.*)

61) L. 3. *C. de postlim. revers.* (VIII. 51.) *Ant.* FABER Cod. definit. forens. Lib. II. Tit. 39. Def. 18. BARDILI Diss. de curatore bonor. absentis. Cap. VII. Th. 25. SMALCALDER cit. Diss. §. XX. Danz Handbuch des deutschen Privatrechts. Th. 7. S. 185. und Pfeiffer a. a. O. S. 246.

62) S. ROSENFELD Diss. de administrat. bonor. absentis. §. 13.

63) Anderer Meinung ist jedoch Mittermaier in den Grundsätzen des deutschen Privatrechts. §. 379. Allein die von ihm angeführten Schriftsteller sagen davon nichts.

weil der Abwesende, wie bereits bemerkt worden, keine Hypothek auf den Gütern des Curators anzusprechen befugt ist. Der Curator muß also zur Sicherheit des Abwesenden eine ausdrückliche Hypothek bestellen [64]. Denn nur durch Pfand oder Bürgen kann die hier erforderliche Caution bestellt werden [65]. Eine juratorische Caution gewährt so wenig, als eine blos promissorische, wegen der vielleicht sehr langen Zeit, da die Verschollenheit dauern kann, hinlängliche Sicherheit [66], wenn gleich einige Rechtsgelehrten [67], obwohl nur unter gewissen Einschränkungen, dieselben für zuläßig halten wollen. Kann der nächste Verwandte oder präsumtive Erbe die erforderliche Caution nicht leisten, so muß, mit Uebergehung desselben, jedoch ohne Nachtheil seines künftigen Erbrechts, die Curatel demjenigen übertragen werden, welcher nach ihm diese Caution zu bestellen im

64) Engau Diss. cit. pag. 6. und Simon Diss. de curatore diu absentis. Cap. IV. Th. 12.

65) *L.* 3. *C. de postlim. revers.* Mevius Tom. I. P. II. Decis. 61. Smalcalder Diss. cit. §. 20 — 22. und Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitig. bürg. Rechtssachen. 2. Th. §. 311.

66) Mevius Decision. c. l. Rosenfeld Diss. de administrat. bonor. absentis. §. 16. Smalcalder Diss. cit. §. 23. et 24.

67) *Pet.* Müller ad *Struvium* Tom. I. Exerc. X. Th. 66. not. δ. pag. 659. Carpzov P. III. Const. 15. Def. 53. a Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVII. med. 4. *Ferd. Christph.* Harpprecht Diss. de cautione iuratoria. §. LV. (*Dissertation. academ.* Vol. I. Disp. VI. pag. 227.) Hofacker Princ. iur. civ. Tom. I. §. 708.

Stande ist[68]. Der Cautionsbetrag richtet sich übrigens nach dem Werthe des Vermögens[69]. Ist die Caution erloschen, so muß eine neue Sicherheit geleistet werden[70]. Nach der Meinung der Practiker muß diese Caution in dem Gericht bestellt werden, in dessen Bezirk das Vermögen des Abwesenden liegt[71], von welchem denn auch wohl die Bestellung oder Bestätigung des Curators selbst für dieses Vermögen geschehen muß[72].

§. 1397. c.

Art der Verwaltung dieser Curatel. Ist der Curator zur jährlichen Rechnungsablegung verbunden?

Zum Beweis, daß die deutschrechtliche Curatel über das Vermögen der Abwesenden keine gewöhnliche, nach

68) S. *Jo. a* SANDE Decision. aur. Lib. IV. Tit. 9. Definit. 8. pag. 202. (edit. *Groning.* f.) BARDILI Curator bonor. absentis. Th. XXVII. *Pet.* MÜLLER ad *Struvium* Exerc. X. Th. 66. not. 8. Nr. VIII. und Kreittmayr Bemerkungen über den Cod. Maxim. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 39. S. 553. (München 1791. 8.)

69) SMALCALDER Diss. cit. §. 22. Just. Claproth summar. Processe. §. 222. und Pfeiffer S. 246. ff.

70) BARDILI Diss. cit. Cap. VII. Th. 27.

71) CARPZOV P. III. Const. XV. Def. 52. BARDILI Diss. Curator bonor. absent. Cap. VII. §. 28. SMALCALDER cit. Diss. §. 25.

72) STRECKER Diss. cit. de nullitate alienation. hereditatis absentis §. XI. et XIII. RICCIUS Spicileg. iuris Germ. §. 482. pag. 632. ENGAU Diss. de cura absent. pag. 6. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod Maxim. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 39. S. 549. (München 1791. 8.) und Just. Claproths summarische Processe. § 219

den Grundsätzen des Röm. Rechts und der Reichsgesetze zu beurtheilende Realcuratel ist, wird ferner

6) eine der erheblichsten Verschiedenheiten in der Art der Verwaltung, und der in Beziehung hierauf dem Curator zustehenden Rechte an dem Vermögen des Abwesenden gefunden[73]. Die gemeine Real-Curatel ist blos Verwaltung eines fremden Vermögens im eigentlichsten Sinne. Der Curator muß hier über die Verwaltung jährlich Rechnung ablegen, und hierbey nicht nur die unverminderte Erhaltung des ihm überlieferten Capital-Bestandes, sondern auch die zweckmäßige Verwendung der Nutzungen nachweisen. Er hat von seiner Verwaltung keinen weitern Vortheil, als der ihm etwa als angemessene Vergeltung seiner Dienstleistungen gesetzlich oder vom Gerichte zugebilligt ist. Der deutschrechtliche Curator hingegen, welcher in das Vermögen des Abwesenden als desselben präsumtiver nächster Erbe ist eingewiesen worden, betrachtet dieses Vermögen als sein eventuelles Eigenthum. Er verwaltet daher dasselbe sowohl zu seinem, als zu des Abwesenden Nutzen, ja mehr noch aus eigenem Interesse, weil die Unwahrscheinlichkeit der Rückkehr des Abwesenden einen factischen Grund der Anordnung dieser Curatel ausmacht, und diese mithin nur als fürsorgliche Maasregel für den möglichen Fall jener Rückkehr, für welchen auch die Caution geleistet wird, zu betrachten ist. Neque enim admittuntur curatores absentium, sagt Crell[74], nisi hi *diutius* abfuerint, ut

73) S. Pfeiffers practische Ausführungen. 2. Bd. S. 247. ff.

74) Diss Quando curator absentis heredes aeque propinquos a success. excludat? §. 3. in fin.

de vita ipsorum *cum ratione* dubitetur. In tanta incertitudine sufficit, *cavere* curatores de restituendis bonis hereditariis et fructibus bonorum, si absens *aliquando* revertatur, aut appareat, hereditatem *ad alios* meliori iure pertinere.

Die Verwaltung dieser Curatel kommt nun zwar mit einer jeden andern darin überein, daß der Curator das ihm übergebene Vermögen des Abwesenden wie ein guter Haushalter zu verwalten, und für dessen Erhaltung zu sorgen hat, mithin für dolus und culpa haften muß [75]), auch nichts davon veräussern darf, als etwa diejenigen beweglichen Sachen, die nicht aufbewahrt werden können, dahingegen jede andere Veräusserung, welche auch ein anderer Curator nicht vornehmen darf, hier ebenfalls nichtig ist [76]); so wie denn auch der Curator den Abwesenden durch Klagen und Einreden vertreten kann [77]). Allein die Eigenthümlichkeit der Ausübung dieser Curatel äussert ihre Folgen vorzüglich darin, daß der Curator, der als präsumtiver Erbe mit der Vermögensver-

75) Die meisten Rechtsgelehrten verpflichten ihn, wie jeden andern Verwalter fremder Güter, zur culpae levis praestatio. S. Rosenfeld Diss. de administrat. bonor. absentis. §. 10. Strecker Diss. de nullitate alienat. hereditat. absentis. §. 18. Smalcalder Diss. de his, qui disparuerunt. §. 26. Allein Bardili Diss. de curat. bonor. absentis §. 31. in fin. behauptet, der Curator bonorum absentis dürfe nur für dolus und culpa lata haften, arg. *L.* 9. §. 5. *D. de reb. auct. iud. possid.*

76) S. Bardili Diss. cit. Cap. VII. Th. 30 — 38. Strecker Diss. de nullitat. alienat. hereditat. absentis. §. 23. et 24. und Smalcalder Diss. cit. §. 27. — §. 30.

77) Bardili §. 39. et 40. und Smalcalder §. 31.

waltung beauftragt ist, nicht so, wie ein gewöhnlicher Curator, zur jährlichen Rechnungsablegung verpflichtet ist [78]. Er ist nur erst in dem unerwarteten Falle der Zurückkunft des Abwesenden, und zwar nur diesem allein, Rechnung abzulegen verbunden [79]. Nicht alle Rechtsgelehrten sind zwar hierin einverstanden. Mehrere [80]) wollen auch von dem Curator der Güter eines Abwesenden jährliche Rechnungs-Ablegung, so wie bey jedem andern Curator, erfordern. Allein sie gehen dabey von der Voraussetzung aus, daß die Curatel der Abwesenden eine gewöhnliche Real-Curatel sey, welche lediglich

78) S. vorzüglich Pfeiffers pract. Ausführungen. 2. Band. S. 248. ff.

79) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. XV. Def. 55. und das daselbst mitgetheilte Erkenntniß des Leipziger Schöpfenstuhls vom J. 1632. *Ge.* Beyer Delienat. iuris German. Lib. I. Cap. XXVII. §. 47. pag. 127. *Jo. Frid.* Eisenhart Institut. iuris Germ. priv. Lib. I. Tit. 20. §. 8. *Jo. Rud.* Engau Elem. iuris Germ. §. 487. von Kreittmayr Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 1. Th. Kap. 7. §. 39. S. 553. Breuning Diss. de iure bonor. absentis. §. 5. *Car. Christph.* Hofacker Princ. iuris civ. Rom. Germ. Tom. I. §. 710. nr. II. Wilh. Aug. Fried. Danz Handbuch des heut. deutsch. Privatrechts 7. Bd. §. 633. S. 185. u. a. m.

80) Rosenfeld Diss. de administrat. bonor. absentis §. 10. Claproth summar. Processe §. 223. Westphal teutsch. Privatrecht. 2. Th. Abh. 51. §. 3. und das daselbst angeführte Gutachten Nr. 77. nr. 14. S. 154. Kind Diss. de success. in bona absent. §. 4. et 5. Motz Diss. de cura bonor. absentis. §. VII. von Zangen Beyträge zum teutschen Rechte. 2. Th. §. 76. und Mittermaier Grundsätze des gemeinen deutsch. Privatrechts §. 379. (der 3. Ausgabe.)

nach den Vorschriften des römischen Rechts und der Reichsgesetze beurtheilt werden müsse. Man hat aber nicht bedacht, daß die deutschen Reichsgesetze, welche den Vormund zur jährlichen Rechnungs-Ablegung verbinden, von Abwesenden gar nichts sagen, sondern nur für die Vormundschaft über Pupillen und Minderjährige Vorschriften enthalten; eine analoge Anwendung derselben auf die Curatel der Abwesenden, als ein blos durch den Gerichtsgebrauch gebildetes Institut, wegen der besondern Beschaffenheit desselben [81]) nicht Statt finden könne. Denn eben darauf ist ja, wie Ge. Lud-

81) Kreittmayr a. a. O. S. 550. sagt, „das Röm. Recht weiß von dieser Specie curatelae nichts, sondern sie ist *iuris mere consuetudinarii*, jedoch sowohl in- als ausser Deutschland aller Orten recipirt." Ein Beyspiel giebt der *Code Napoléon* Artic. 120. Dans les cas où l'absent n'aurait point laissé de procuration pour l'administration de ses biens, ses héritiers présomptifs au jour de sa disparition, ou de ses derniéres nouvelles, pourront, en vertu du jugement definitif qui aura déclaré l'absence, se faire envoyer en possession provisoire des biens, qui appartenaient a l'absent, au jour de son départ, ou de ses dernieres nouvelles, à la charge de donner caution pour la sûreté de leur administration. — *Art.* 125. La possession provisoire ne sera qu'un dépôt, qui donnera à ceux qui l'obtiendront l'administration des biens de l'absent, et qui les rendra comptables envers lui, en cas qu'il reparaisse, ou qu'on ait de ses nouvelles. Man vergleiche über diese Stellen les Pandectes francaises. Tom. III. (a *Paris* 1803. 8.) pag. 13. et pag. 34. und Jac. von Maleville Commentar über das Gesetzbuch Napoleons übersetzt von Wilh. Blanchard 1. Bd. (Cöln 1808. 8.) S. 135. ff. und S. 140. ff.

wig Böhmer [82]) sagt, die Cautionsleistung, unter welcher diese Curatel den Rechten nach übertragen wird, und die daher dem Curator auf keinen Fall, selbst dem Begüterten nicht, wenn er sie nicht durch Verpfändung seiner Güter leistet, erlassen werden kann, berechnet, daß der Curator nicht nur das ihm anvertraute Vermögen des Abwesenden wohl verwalte, sondern auch, wenn derselbe wieder erscheinen sollte, darüber Rechnung ablege, und dieser gemäß das noch übrige Vermögen herausgebe.

§. 1397. d.

Kann sich der Curator bonor. absentis die Früchte, oder einen Theil derselben zueignen?

Ob nicht die Art der Verwaltung bey dieser Curatel sich von der bey der gemeinen Realcuratel auch darin unterscheide, daß der als Curator zugelassene Präsumtiv-Erbe während der Curatel die Nutzungen, oder wenigstens einen Theil derselben sich zueignen könne, darüber läßt sich ein eben so entschiedener Gerichtsgebrauch aus den Zeugnissen der Practiker nicht entnehmen. Natürlich ist wohl zunächst darauf zu sehen,

82) Auserlesene Rechtsfälle. 3. B. 1. Abth. Resp. 176. Qu. 5. nr. 26. S. 8. Auch das Oberappellationsgericht zu Hessen-Cassel erkannte, daß, weil die über das zurückgelassene Vermögen eines Abwesenden dessen präsumtiven nächsten Erben gegen Caution zu übertragende Curatel als ein durch den Gerichtsgebrauch eigenthümlich gebildetes, von den Curatelen des Röm. Rechts in mehrfacher Hinsicht abweichendes, Rechtsinstitut sich darstellt, der Curator des Abwesenden zu einer jährlichen Rechnungs-Ablage nach dem erwähnten Gerichtsgebrauche nicht verbunden sey. S. Pfeiffers pract. Ausführungen. 2. B. S. 261. f.

was die Praxis eines jeden Landes mit sich bringt [83]. Wie aber, wo diese nicht entscheidet? Sollte nun etwa derjenige, welcher als präsumtiver nächster Erbe das Vermögen des nun wieder erschienenen Abwesenden verwaltet hat, über alle Nutzungen desselben Rechnung ablegen, und also die Früchte sämmtlich mit dem Vermögen erstatten? Nach den Grundsätzen der gemeinen Real-Curatel wäre es freylich nicht anders. Carpzov [84] sagt auch wirklich: Nec enim proprietas, nec *usus-*

83) Eine merkwürdige Verordnung findet sich darüber im *Code Napoléon* §. 127. Ceux qui, heißt es daselbst, par suite de l'envoi provisoire, ou de l'administration legale. auront joui des biens de l'absent, ne seront tenus de lui rendre, que le cinquiéme de revenu, sil reparait avant quinze ans révolus depuis le jour de sa disparition; et le dixième, s'il ne reparait qu'après les quinze ans. Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appartiendra. Das Gesetz unterscheidet also, ob sich der Abwesende noch binnen 30 Jahren, von der Zeit an gerechnet, da er nichts mehr von sich hören ließ, wieder einfindet, oder ob er erst nach einer Abwesenheit von 30 Jahren zurückkommt. Im letzten Falle soll der Curator von den erhobenen Nutzungen gar nichts herausgeben dürfen. In dem ersten Falle aber nur einen bestimmten Theil der Nutzungen, nämlich ein Fünftheil, wenn er binnen 15 Jahren, und ein Zehntheil der jährlichen Nutzungen, wenn er nach 15 Jahren, jedoch noch vor dem dreyßigsten Jahre wieder erscheint. Man vergleiche über diesen Artikel vorzüglich Grolman's ausführl. Handbuch über den Code Napoleon. 1. Bd. S. 493. ff. Diese Bestimmungen müssen auch noch in den deutschen Ländern gelten, wo der Code Napoleon eingeführt ist. S. Brauers Erläuterungen über den Code Napoleon 1. Bd. S. 131. f.

84) Jurispr. for. P. III. Const. 15. Definit. 55. nr. 3.

fructus bonorum ipsi datus est, sed cura et administratio, quae necessitatem rationum reddendarum habet annexam. Ja er sagt, diesem Grundsatz zu Folge, ganz bestimmt [85]: Satisdationis effectus, ut et ipsius curae bonorum in hoc potissimum consistit, ut revertente eo, qui diu absens fuit, *restituatur proprietas bonorum una cum fructibus perceptis*, Solent enim fructus tanquam accessiones omnimodo sequi causam dominii. *L.* 35. §. 1. *D. de Rei Vindic.* At quid si fructus ipsa bona superent? Nihilominus eos deberi puto. Dieß ist auch die Meinung der meisten Rechtsgelehrten [86], daß der Curator zur Berechnung und Erstattung aller gewonnenen Früchte verbunden sey, wenn sie auch den Capitalbetrag des Vermögens übersteigen sollten.

Erwägt man indessen, daß denn doch kein Grund abzusehen ist, warum der, welcher den provisorischen Besitz der Güter des Abwesenden, als präsumtiver nächster Erbe desselben, erhalten hatte, die Verwaltung derselben von so vielen Jahren her unentgeltlich geführt haben sollte; erwägt man ferner, daß wenn man den Curatoren der Abwesenden die Verbindlichkeit auflegen wollte, nicht nur über die Verwaltung des Capital-Bestandes sondern auch der Nutzungen eine genaue Rechnung vor Gericht abzulegen, dieselben, auch davon

85) Cit. loc. Definit. 56.

86) Bardili cit. Diss. Th. 44. Schmalcalder Diss. cit. §. 35. Eisenhart Institut. iuris Germ. priv. Lib. I. Tit. 20. §. 9. Claproth summarische Processe. §. 224. S. 311. Hofacker Princip. iuris civ. Tom. I. §. 710. Nr. II. Carl Aug. Haase über Edictalladungen und Edictalproceß ausserhalb des Concurses. (Leipzig 1817. 8.) 10. Kap. §. 6. S. 116.

abgesehen, in welche Rechnungs-Schwierigkeiten sie dadurch verwickelt, ja durch die Erstattung der Früchte von so vielen Jahren vielleicht gar zu Grunde gerichtet werden würden, vor denen, welchen die Curatel als ein munus civile übertragen worden, nicht nur nichts voraushaben, sondern sich selbst in einer nachtheiligern Lage, wie diese, durch die ihnen unbedingt obliegende Cautions-Leistung zu einem das ganze ihnen überlassene Vermögen deckenden Betrage, befinden würden; erwägt man endlich, daß der deutschrechtliche Curator bonorum absentis aus dem Grunde eines präsumtiven nächsten Erbrechts in den Besitz der Güter des Abwesenden von der Obrigkeit selbst ist eingewiesen worden, mithin die ihm übertragene Curatel gewissermassen im eignen Namen, und aus eigenem Interesse verwaltete; so scheint die Meinung derjenigen Rechtsgelehrten [87]), welche den Curator, einem bonae fidei possessor gleich, nur zur Restitution derjenigen Nutzungen, welche zu der Zeit, da das Vermögen von dem zurückgekommenen Abwesenden zurückgefordert wird, noch vorhanden sind, gehalten wissen wollen, sowohl der Billigkeit, als dem allgemeinen Character unserer deutschrechtlichen Curatel nicht uneigentlich zu entsprechen. Leyser [88]) geht noch weiter. Er nimmt es als unzweifelhaft an, daß der nächste Präsumtiv-Erbe, dem die Verwaltung des Vermögens des Abwesenden war übertragen worden, immittelst alle

87) S. besonders Pfeiffer's pract. Ausführungen 2. Th. S. 250—253. Man vergleiche auch Schorch Meditation. de cura bonor. absentis. §. XVI.

88) Meditat. ad. Pand. Specim. XCVII. medit. 1.

Früchte desselben beziehe, welches vielleicht mit dem Grundsatz des ältern deutschen Rechts zusammenhängt, nach welchem der Vormund den Nießbrauch von den Gütern seines Pflegbefohlnen hatte [89]), welches aber doch auch nicht als gemeinrechtlich behauptet werden kann [90]). Darin sind jedoch die Rechtsgelehrten [91]) einverstanden, daß wenn der Abwesende, nachdem er bereits für todt, und seine Güter für vererbt erklärt worden, wieder zurückkehrt, und sich gehörig legitimirt, derselbe wegen seiner Abwesenheit in den vorigen Stand zu setzen, und ihm seine Güter nebst den Nutzungen, jedoch nur soviel davon noch vorhanden, oder der Besitzer durch die Consumtion reicher geworden ist, herausgegeben werden müssen. Denn der Besitzer erscheint hier als ein bonae fidei possessor, weil er sich mit Recht für den Erben halten konnte, da er gerichtlich dafür anerkannt worden ist. Der nun wieder zum Vorschein gekommene Verschollene kann also sein Vermögen in keinem andern Zustande reclamiren, als in welchem er es findet, und keine andere Verbindlichkeiten in Anspruch nehmen, als welche sich aus der Natur einer res universalis, als

89) Sachsenspiegel Buch I. Art. 23. S. HEINECCIUS Elem. iuris Germ. Tom. I. Lib. I. §. 353 et 354 von Bülow Abhandlungg. des Röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 284.

90) Mittermaier Grunds. des deutsch. Privatrechts §. 365. a. E.

91) *Jo. Henr. de* BERGER Oecon. iuris. Lib. I. Tit. IV. Th. 6. not. 11. in fin. LEYSER Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCV. medit. 26. SMALCALDER Diss. cit. de his, qui disparuerunt. §. 31. EISENHART Institut. iuris Germ. priv. Lib. I. Tit. 20. § 9. Claproth summarische Processe. §. 225. Haase über Edictalladungen. Kap 10. §. 7. S. 121.

Gegenstand der Herausgabe, erzeugen, oder doch durch den Ausspruch der natürlichen Billigkeit ergeben [92].

§. 1397. e.

Todeserklärung und Beerbung des Verschollenen.

Endlich unterscheidet sich die deutschrechtliche Curatel über das Vermögen eines Abwesenden auch noch 7) in Rücksicht des Zeitpuncts, mit dessen Eintritt der Abwesende für todt erklärt, und sein Vermögen vererbt werden darf. Das Römische Recht knüpfte die Vermuthung für das Verstorbenseyn des Verschollenen an die Erreichung eines Alters von hundert Jahren, als das höchste Ziel menschlichen Lebensalters. Allein der deutsche Gerichtsgebrauch hat einen andern Zeitpunct für diese Vermuthung bestimmt. Dieser gründet sich auf das gewöhnliche, selbst in der Bibel [93]) ausgesprochene, Ziel des menschlichen Lebens,

92) Eben dieses ist auch in mehreren heutigen Gesetzgebungen sanctionirt. S. allg. Preuß. Landrecht 2. Th. 18. Tit. §. 847. u. 848. Oesterreich. bürg. Gesetzbuch 1. Th. 4. Hptst. §. 278. *Code Napoléon*. Art. CXXXII. S. Maleville Commentar 1. B. S. 145. Locré Esprit du Code Napoléon. Tom. II. pag. 486. Les Pandectes françaises ad h. Art. Tom. III. pag. 51. sqq. und Grolman Handbuch über den Code Napol. 1. Bd. S. 540. ff.

93) Psalm *XC*. V. 10. Hiermit stimmen auch die Aussprüche der alten griechischen Philosophen und Theologen überein. S. Diogenes Laertius *in Solone*. Segm. 55. u. Clemens Alexandrin. Στρωμ. VI. Man vergl. auch Heumanni Biblioth. miscellan. Hamburg. Vol. I. P. IV. und Hommel Diss. Septuagenarius absens factus quando mortuus praesumatur? *Lipsiae* 1752.

welches in einem Alter von 70 Jahren besteht[94]. Hat also der Verschollene dieses Alter erweislich zurückgelegt;

94) Nach mehreren Landesgesetzen ist jedoch der Zeitpunct der Todeserklärung auch noch nach der Dauer der Verschollenheit bestimmt, das ist, nach dem Ablauf von gewissen Jahren der Abwesenheit, nämlich bald von 10, bald von 15, bald von 20, bald von 30, bald 40 Jahren, in welchen der Abwesende Nachricht von seinem Leben und Aufenthalte den Verwandten oder der Obrigkeit zu geben unterlassen hat. Nach dem Preuß. Landrechte Th. 2. Tit. 18. §. 823. kann auf die Todeserklärung des Abwesenden angetragen werden, wenn binnen zehen Jahren von dem Leben oder Tode desselben keine Nachrichten eingegangen sind. Dieser Zeitraum soll jedoch, wenn der Abwesende vor erreichter Großjährigkeit verschollen ist, erst von dem Tage an gerechnet werden, wo er majorenn geworden ist. Ist der Abwesende erst im oder nach dem 65. Jahre seines Alters verschollen; so kann er (§. 830) schon nach Verlauf von 5 Jahren für todt erklärt werden. Ist aber das Alter, in welchem der Abwesende vermißt worden, nicht bekannt, wohl aber eine gegründete Vermuthung, daß er damals noch minderjährig gewesen sey, vorhanden; so muß, ehe mit der Todeserklärung verfahren wird, nach §. 831. ein 15 jähriger Zeitverlauf abgewartet werden. In Sachsen ist ein Zeitraum von 20 Jahren bestimmt, binnen welchen der Abwesende von seinem Leben und Aufenthalt keine Nachricht gegeben hat. Wäre er aber auch noch nicht 20 Jahre lang abwesend, er hätte aber das 70ste Jahr seines Alters erreicht, oder im Fall er erst nach zurückgelegtem 65sten Jahre weggegangen ist, der Ablauf von 5 Jahren, welche von Zeit der Entfernung an gerechnet werden, hinzugekommen ist; so soll die Präsumtion des Todes als begründet angesehen werden. S. Sächsisch. Mandat die Verkürzung der *curae absentium*, und deren Vermögensadministration betreff. vom 13. Nov. 1779. und das Mandat die Edictalcitation

so tritt nach dem deutschen Gerichtsgebrauche die rechtliche Vermuthung seines Todes ein, und er kann nun

in Civilsachen ausserhalb des *concursus creditor.* betr. S. Wiesand Diss. de cura bonor. absentis. §. 12. Nach dem bürg. Gesetzbuche für die deutsch. Erbländer der Oesterreich. Monarchie 1. Th. §. 24. soll der Tod eines Verschollenen vermuthet, und die Todeserklärung nachgesucht werden, 1) wenn seit seiner Geburt ein Zeitraum von 80 Jahren verstrichen, und der Ort seines Aufenthalts seit 10 Jahren unbekannt geblieben ist; 2) ohne Rücksicht auf den Zeitraum von seiner Geburt, wenn er durch 30 volle Jahre unbekannt geblieben; und 3) wenn er im Kriege schwer verwundet worden, oder wenn er auf einem Schiffe, da es scheiterte, oder in einer andern nahen Todesgefahr gewesen ist, und seit der Zeit durch 3 Jahre vermißt wird. S. von Zeiller Commentar 1. Bd. S. 124. ff. Die Gesetzgebung des Code Napoléon Art. 129. bestimmt den Zeitpunct der Todeserklärung ebenfalls nach einer doppelten Rücksicht, einmal nach dem Lebensalter des Verschollenen, und dann, wo diese Rücksicht nicht entscheiden sollte, nach der Dauer der Verschollenheit. Sind nämlich nach der provisorischen Einweisung der auf den Todesfall Berechtigten dreyßig Jahre verstrichen, oder würde der Verschollene schon vor dem Ablaufe dieser Zeit, das hundertste Lebensjahr zurückgelegt haben; so sind die Eingewiesenen berechtiget, zu verlangen, daß die provisorische Einweisung durch das Gericht für definitiv erklärt werde. S. Grolman's Handbuch über den Code Napoleon. 1. B. S. 526. ff. Mehrere particuläre Rechte haben angeführt Motz Diss. de cura bonor. absentis. §. 12. Kind in Diss. de successione in bona absentium. §. 10. Carl Aug. Haase über Edictalladungen und Edictalproceß ausserhalb des Concurses. (Leipzig 1817. 8.) Kap. X. §. 1. u. ff. S. 101 — 119. und Mittermaier in den Grundsätzen des deutschen Privatrechts. §. 513.

für todt erklärt, und sein Vermögen vererbt werden. Diese Todeserklärung hat nun nicht nur das Erlöschen der Curatel über den Abwesenden zur Folge, sondern auch in Absicht auf das Vermögen desselben den entschiedenen Einfluß, daß die Verlassenschaft desselben denjenigen zuerkannt werden kann, welche nach eingetretener Präsumtion des Todes des Verschollenen das nächste oder ein gleiches Erbrecht haben [95]). Dieses Erbrecht erstreckt sich denn insbesondere auch auf Vermächtnisse und Erbschaften, welche vor begründeter Vermuthung des Todes dem Abwesenden angefallen sind, sofern sie nur von der Art sind, daß die Erben des Verschollenen überhaupt darauf Anspruch zu machen berechtiget sind, und daher auch unter die Curatel gezogen werden konnten [96]). Sind sie erst nach eingetretener Präsumtion

95) S. vorzüglich Haase über Edictalladungen ꝛc. Kap. 10. §. 7. — §. 12.

96) Denn so lange der Zeitpunct noch nicht eingetreten ist, wo der Verschollene für todt erklärt werden kann, wird rechtlich vermuthet, daß derselbe noch am Leben, mithin etwas zu erwerben fähig sey. Es muß nur, soviel 1) die Vermächtnisse betrifft, welche dem Abwesenden angefallen sind, von solchen unbedingten Vermächtnissen die Rede seyn, welche ipso iure auf die Erben des Legatars übergehen, dafern dieser nur um einen Augenblick den Erblasser überlebt hat. *L.* 5. *pr. et* §. 1. *D. Quando dies legator.* (XXXVI. 2.) *L.* 77. §. 3. *L.* 80. *D. de legat. II.* (XXXI.) *L. un.* §. 1. *et* 5. *C. de caduc. tollend.* (VI. 51.) S. Schorch Meditation. de cura bonor. absent. §. XII. und Haase über Edictalladungen. Kap. 10. §. 8. Not. 67. S. 126. 2) In Rücksicht der Erbschaften aber, welche dem Verschollenen während seiner Abwesenheit angefallen sind, nur insofern als entweder der Erbe nach deutschen Rechten

des Todes dem Verschollenen angefallen, so haben die Erben desselben, so weit nicht etwa auf diese jener Vor-

ipso iure durch den Tod des Erblassers in Nutz und Gewehr derselben gesetzt wird, vermöge der Parömie, der Todte erbt den Lebendigen, und dieser zu Folge der Erbe die auch nicht angetretene Erbschaft auf seine Erben transmittirt, oder ein römisch-rechtliches Transmissionsrecht Statt findet. Die Ansichten der Rechtsgelehrten sind hier jedoch verschieden. Einige meinen, wenn der Curator des Abwesenden diese Erbschaften für ihn in Empfang und Verwaltung genommen hat, so sey mit Grund zu behaupten, daß solche denjenigen, welche dem Abwesenden beerben, zufallen. Denn der unter gerichtlicher Auctorität bestellte Vormund vertrete die Stelle desselben, und müsse also sein Bestes in jeder Hinsicht, folglich auch in Rücksicht angefallener Erbschaften besorgen. Diese Meinung sollen auch die Gesetze begünstigen. Denn so sage Ulpian *L. 7. pr. D. de Bonor. possession.* (XXXVII. 1.) Nam et *absenti* et *non petenti* dari bonorum possessio potest, si hoc ipsum Praetor non ignoret. So lehren Claproth in den summarischen Processen §. 224. und Haase über Edictalladungen und Edictalproceß. Kap. 10. §. 6. Not. 42. S. 118. Allein dieser Meinung steht entgegen, daß nach dem Civilrecht eine Erbschaft durch einen Curator nicht erworben werden kann. *L. 90. pr. D. de acquir. vel omitt. hered.* Nach dem prätorischen Rechte kann nun zwar eine Bonorum possessio auch durch einen Andern in unserm Namen erworben werden. Allein hat Jemand für mich die B. P. gesucht, dem ich keinen Auftrag dazu gegeben habe; so hängt die Gültigkeit derselben von meiner Ratihabition ab. Sterbe ich also vor der erfolgten Genehmigung, so kommt sie meinem Erben nicht zu statten. Denn mein Erbe kann nicht ratihabiren, cum ad eum non transeat ius bonorum possessionis, wie Ulpian *L. 3. §. 7. D. de Bonor. possess.* sagt. S. Bardili Diss. de curat. bonor. absentis. Th. 34. et 35. Dagegen un-

theil durch die eigne Verfügung des Testirers erstreckt

terscheidet Schorch in Meditat. c. l. zwischen Intestat- und testamentarischen Erbschaften. Jene sollen nach dem deutschen Rechte keine Antretung erfordern, sondern durch die bloße Delation erworben werden können. Diese könne also auch der nächste Erbe des Verschollenen fordern. Ein ganz anderes Verhältniß finde bey testamentarischen Erbschaften Statt. Solche Erbschaften könnten anders nicht, als durch Antretung derselben erworben werden. Zu dieser Antretung und Erwerbung sey aber nur derjenige befugt, dem dieselbe für seine Person deferirt worden ist. Hat sie also der Abwesende nicht angetreten, so habe er sie auch nicht auf seine Erben transmittirt, vermöge der auch in Deutschland angenommenen Regel: *hereditas non adita non transmittitur.* Da solche Erbschaften nicht zu dem Vermögen des Abwesenden gehören, so müßten sie denen gegen Cautionsleistung zur Verwaltung überlassen werden, welche sie erhalten würden, wenn der Abwesende gar nicht existirte. Allein auch diese Ansicht ist nicht ausser Zweifel. Zwar ist nicht zu läugnen, daß nach dem ältern deutschen Rechte allerdings die Intestaterben, als die nächsten Verwandten des Erblassers, die ihnen angefallene Erbschaft ipso iure erwarben, und also keiner weitern Erbschafts-Antretung bedurften, um die Erbschaft auf ihre Erben zu transmittiren, nach der bekannten deutschen Parömie: der Todte erbt den Lebendigen, oder wie dieselbe in der französischen Sprache ausgedruckt wird: *le mort saisit le vif.* Es soll damit angedeutet werden, daß in dem Augenblick des Todes des Erblassers die Erbschaft nicht nur deferirt, sondern auch erworben werde, ohne schon selbst im Besitze zu seyn, so daß also der Zeitpunct der Delation von dem der Acquisition auf keine Weise zu trennen sey, mithin vermöge dieser Parömie keine hereditas iacens existire. S. Wilh. Ed. Albrecht die Gewere, als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts dargestellt. (Königsberg 1828. 8.) §. 6. und Rud. von Sydow

seyn sollte, darauf keinen Anspruch [97]). Uebrigens haben

Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels mit Rücks. auf die verwandten Quellen. (Berlin 1828. 8.) §. 54. Es hat sich auch dieses alte deutsche Recht in manchen besondern Stadtrechten erhalten. S. Runde Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts §. 687. (nach der 8. Aufl. Göttingen 1829) und Mittermaiers Grundsätze §. 414. Daß nun an solchen Orten, wo dieses Recht noch besteht, Schorchs Ansicht ihre Richtigkeit habe, hat keinen Zweifel. Allein eben so bekannt ist es auch, daß jetzt in Deutschland auch bey Intestaterbschaften die Grundsätze des Röm. Rechts als Regel befolgt werden, wie auch Runde a. a. O. und selbst Schorch c. l. not. 3. pag. 25. sq. bemerkt hat. Man sehe auch Reinharth Select. Observation. ad *Christinaeum.* Vol. IV. Obs. 32. und *Jo. Frid.* Piel Diss. de translatione bonorum absentis. Cap. I. §. 19. et 20. Wo also jenes alte deutsche Recht nicht mehr gilt, sondern bey angefallenen Erbschaften das Röm. Recht gemeinrechtlich geworden ist, da könnten etwa nur noch die Grundsätze von der Transmission einer Erbschaft vermöge der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand in Anwendung kommen, argum. *L* 86. *D. de acquir. vel omitt. hered.* (XXIX. 2.) S. Marezoll von den so genannten Transmissionsfällen §. II. in der Zeitschrift für Civilrecht und Proceß von Linde, Marezoll, und von Wening-Ingenheim. 2. Bdes. 1. Heft. S. 77. ff. Vergl. auch Westphals Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröffnung der Testamente. §. 247. Nach dem *Code Napoléon* Art. CXXXVI. würde jedoch der Erbe noch erst beweisen müssen, daß der Abwesende wirklich den Anfall der Erbschaft erlebt, und also, wenigstens für die Transmission genügend, erworben hatte; sonst bleibt die dem Abwesenden angefallene Erbschaft ausschließlich bey denjenigen, mit welchen derselbe sonst die Erbschaft zu theilen gehabt hätte, oder welche er ausgeschlossen

unter den Erbinteressenten selbst, die Vertrags- oder demnächst die testamentarischen Erben den Vorzug vor den Intestaterben, denn ihr Recht auf die Verlassenschaft ist nach den gemeinen Grundsätzen von der Erbfolge zu beurtheilen[98]), wobey, soviel die Testaments-Erben betrifft, zu bemerken ist, daß das Testament des Abwesenden in der Regel nicht früher eröfnet werden darf, als bis die Präsumtion des Todes wirklich eingetreten ist[99]), wofern nicht etwa das Testament noch vor eingetretener Todes-Vermuthung durch Zufall eröfnet, und auf diese Art der Testamentserbe früher bekannt geworden seyn sollte, welcher denn auch vor den Intestaterben zur Curatel über das Vermögen des Abwesenden gelassen zu werden mit Recht verlangen kann[100]). Un-

haben würde. S. Locré Esprit du Code Napoléon. Tom. II. pag. 496 sqq. (a *Paris* 1806. 8.) und Grolmans ausf. Handbuch über den Code Napol. 1. B. S. 572 — 593. Dieß gilt denn auch in den Ländern Deutschlands, wo der Code Napoléon eingeführt ist. S. Brauer's Erläuterungen über den Code Napoléon und die Großherzog-Badische bürgerl. Gesetzgebung. 1. Bd. S. 240. ff.

97) S. Haase über Edictalladungen und Edictalproceß. Kap. X. §. 8. S. 127.

98) S. Kind Diss. de successione in bona absentium §. 12. und Haase Kap. IX. §. 5. S. 99.

99) S. *de* Berger Oecon. iuris Lib. II. Tit. IV. Th. 19. Not. 5. b. Haubold ad *Eundem* not. v. Tom. I. pag. 411. Hommel Rhapsod. Quaest. for. Vol. I. Obs. 107. pag. 169. (edit. IV. *Byruthi* 1782. 4.) und Haase über Edictalladungen und Edictalproceß. Kap. X. §. 10. S. 131.

100) S. *de* Canngiesser Collect. Decision. Hasso-Cassellan. Tom. I. Decis. CXLI. nr. 8. pag. 597. und Claproth's

ter den Intestaterben entscheidet zwar die Nähe der Verwandtschaft, aber getheilt sind die Meinungen der Rechtsgelehrten, wenn die Frage ist, nach welchem Zeitpunct diese Nähe zu beurtheilen sey [1]. Einige meinen, es sey auf die Zeit zu sehen, da das Leben des Abwesenden zweifelhaft zu seyn angefangen habe, und ihm deswegen ein Curator über sein Vermögen bestellt worden sey. Denn wenn gleich ein Verschollener nicht eher, als nach vollendetem 70sten Jahr für todt erklärt werden könne, so folge doch daraus nicht, daß er erst in diesem Jahre, und nicht früher wirklich gestorben sey. Rein gestorben seyn, und für todt erklärt werden, sey wesentlich verschieden. Es sey vielmehr, nach vollendetem 70sten Lebensjahre, anzunehmen, der Abwesende sey schon damals gestorben, als er verscholl, und von seinem Leben keine weitere Nachricht zu erhalten gewesen ist. Man sucht diese Meinung besonders durch die Berufung auf *L.* 10. *pr. D. de captivis et postlim. re-*

summarische Processe. §. 220. a. E. S. 305. S. auch oben die Not. 36. S. 266. f.

1) S. Christ. Heinr. Gottl. Köchy: Wem ehe ist der Tod eines Abwesenden bey dem Mangel des nöthigen Beweises rechtlich zu vermuthen? und von welcher Zeit an sind die von seinem Tode abhängigen rechtlichen Wirkungen zu berechnen? in Desselben Meditationen über die interessant. Gegenstände der heutigen Civilrechtsgelahrtheit. 1. B. Nr. XXIII. S. 299 — 323. F. C. Gesterding über die Vermuthung des Todes der Verschollenen (in Desselben Ausbeute von Nachforschungen über verschiedene Rechtsmaterien. 1. Th. (Greifswalde 1826. 8.) S. 338 — 344. und *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iur. civ Sect. I. Cap. I. §. 8. pag. 48. (edition. noviss. Jenae 1810.)

vers. zu unterstützen, wo von einem in die Kriegsgefangenschaft gerathenen Römer, der nicht wieder zurückgekommen ist, gesagt werde: *iam tunc decessisse intelligitur, cum captus est.* Es werde ihm also, wie man zu sagen pflegt, *ex tunc* succedirt, d. h. wer damals das nächste Recht zur Curatel über das Vermögen des Abwesenden hatte, der habe jetzt das nächste Recht dem Abwesenden zu succediren. Dieß ist auch unsers Hellfelds Meinung, und diese Ansicht findet man in mehreren Urtheilssprüchen und Rechtsgutachten ausgeführt [2]; sie wird aber jetzt fast überall verworfen, da sie von einem ganz unrichtigen Grundsatz ausgeht, wie besonders von Elsässer [3]) gezeigt worden ist. Es müssen hier schlechterdings zwey Zeitpuncte genau unterschieden werden, Erstens derjenige, während dessen noch für das Leben des Verschollenen vermuthet wird, und Zweytens derjenige, wo die Vermuthung seines Todes eintritt. So lange es nun ungewiß ist, ob der Ab-

2) Vergl. Schilter Prax. iur. Rom. Exerc. XV. §. 77. not. a. Crell. Diss. Quando curator absentis heredes aeque propinquos a success. excludat? §. 4. *a* Wernher Select. Observat. for. Tom. III. P. III. Obs. 48. Joh. Lud. Schmidts öffentl. Rechtssprüche. S. 15. ff. besonders S. 23. a. E. — 25. Ge. Lud. Böhmer's auserlesene Rechtsfälle. 3. Bdes. 1. Abth. Resp. 176. Qu. 5. S. 7—10. Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrs. 5. Bd. Erört. XLVIII. S. 223. f.

3) In den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 4. B. Nr. XI. §. 123. S. 171. Um das Argument aus der *L.* 10. *de captiv.* zu widerlegen, hätte Elsässer nur noch die schlagende *L.* 4. *Cod. de postlim. reversis* benutzen sollen.

wesende noch lebe oder todt sey, muß angenommen werden, er lebe noch. Es kann also zwar von Anordnung einer Curatel die Rede seyn, und diese nach der Nähe der Verwandtschaft regulirt werden, aber noch von keiner Erbfolge, nach der Regel: viventis nulla est hereditas. Da nun aber die Zeit des Todes bey Verschollenen unbekannt ist, so muß der Zeitpunct eintreten, wo der Tod des Abwesenden rechtlich vermuthet wird, weil ja die Folge nicht früher eintreten kann, als die Ursache. Diese Vermuthung beginnt aber erst mit dem vollendeten 70sten Jahre des Abwesenden. Dieß ist also auch der Zeitpunct, nach welchem die Nähe der Verwandtschaft bey der nun erst rechtlich möglichen Erbfolge in die Verlassenschaft des Abwesenden zu beurtheilen ist [4]. Die Erbschaft kann mithin nur denjenigen rechtlich zuerkannt werden, welche zur Zeit der eingetretenen Todes-Vermuthung die nächsten sind. Dieß ist die Ansicht der meisten heutigen Rechtsgelehrten [5]. Sie stim-

4) §. 6. *J. de legit. agnat. success.* (III. 2.)

5) S. *a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. II. Specim. XCVI. medit. 9. Hommel Rhapsod. Quaestion. for. Vol. I. Obs. 107. Kind Quaestion. forens. Tom. I. Cap. 64. der 2ten Ausgabe (Cap. 65. der ersten) Walch Controv. c. l. Köchy Meditationen S. 313. ff. Carl Fried. von Dalwigk pract. Erörterungen auserlesener Rechtsfälle. (Hannover 1823. 4) Erört. V. S. 196 — 216. Pfeiffer pract. Ausführungen 2. Bd. S. 254. f. von Bülow Abhandlungen über einz. Materien des Röm. bürg. Rechts. 1. Th. S. 285. Gesterding angef. Abhandl. in der Ausbeute 1. Th. S. 341. f. Haase über Edictalladungen. Kap. X. §. 11. S. 132 — 136. Eichhorn Einleitung in das deutsche Privatrecht. §. 325. Mitter-

men daher darin überein, daß die Erbfolge in die Verlassenschaft des Abwesenden nicht ex tunc, d. h. nach dem Zeitpunct der Verschollenheit, oder wo ihm die Curatel gesetzt ward, sondern ex nunc, d. h. nach dem Zeitpunct des präsumtiven Todes desselben zu reguliren sey. Für diese Meinung, welche allerdings der Rechtsanalogie und der Natur der Sache am meisten entspricht, habe ich mich auch schon an andern Orten [6]) erklärt, worauf ich mich hier der Kürze wegen beziehen will.

Es entsteht nur noch die Frage, ob bey der successio ex nunc die Erbfolge schon gleich nach eingetretener Zeit der Todesvermuthung, oder erst nach erfolgter Todeserklärung bestimmt werde? Auch darüber wird gestritten. Das Letztere hat besonders Gesterding [7]) zu behaupten gesucht, und ihm scheint auch zum Theil Zimmern [8]) beyzustimmen. Eben dieses ist Eichhorns [9]) Meinung. Das Erstere behaupten hingegen Mittermaier [10]) und Schweppe [11]). Nach jener Ansicht soll es auf die Vermuthung des

maier Grundſ. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 397. (der 3ten Ausgabe) Schweppe Röm. Privatrecht. 1. Th. §. 61. (der 4ten Ausgabe)

6) S. den 7. Th. des Commentars. §. 562. S. 496. und meine hermeneut. syst. Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 2.

7) Angef. Abhandl. in der Ausbeute. 1. Th. S. 342. ff.

8) In den Jahrbüchern der jurist. Litteratur von Schunck. 5ten Bandes 1. Heft S. 10.

9) Deutsch. Privatrecht. §. 325.

10) Grds. des deutsch. Privatrechts. §. 397.

11) Das Röm. Privatrecht. 1. Th. §. 61. S. 149. (der 4. Ausg.)

Todes gar nicht ankommen [12]. „Die richterliche Todeserklärung mache eines Theils eine Rechtsvermuthung des Todes überflüssig, andern Theils aber würde es auch einer solchen Erklärung gar nicht bedürfen, wenn die Gesetze schon durch eine Vermuthung der Ungewißheit über Leben und Tod ein Ende gemacht hätten. Ja wie ließe sich einmal, gäbe es eine solche Vermuthung, die Maßregel einer öffentlichen Ladung rechtfertigen, die an Jemanden gerichtet wäre, von welchem, den Gesetzen zu Folge, anzunehmen ist, er sey schon gestorben." Von dem Augenblick der Todeserklärung sey dann auch der Tod des Verschollenen zu datiren; der Richter, könne man sagen, sey es, der ihn durch seinen Ausspruch tödtet.

Allein dagegen ließe sich wohl noch die Frage aufwerfen, ob denn eine Todeserklärung ohne vorher begründete Todesvermuthung denkbar sey? Ist denn nicht jene blos von dieser abhängig, wie kann sie also die rechtlichen Folgen derselben hinausschieben? Sobald die Todesvermuthung mit dem Ablauf der bestimmten Zeit eingetreten ist, wird die Erbschaft dem deferirt, der jetzt das nächste Recht darauf hat, er sey Vertrags-, Testaments- oder Intestaterbe. Dieses Anfallsrecht darf dem Erben durch den richterlichen Ausspruch nicht beeinträchtiget werden. Der Ausspruch, wodurch der Abwesende für todt erklärt wird, ist ja blos declaratorisch. Denn es wird dadurch nur die Vermuthung des Todes bestätiget. Die Todeserklärung kann also in ihren Folgen nicht mehr Kraft haben, als die Todesvermu-

12) Gesterding. a. a O. S. 342. ff.

thung selbst, welche aus den Ablauf der bestimmten Zeit entsteht. Käme es nicht sowohl auf die Vermuthung des Todes, als vielmehr auf die Todeserklärung an, ja machte sie wirklich eine Rechtsvermuthung des Todes unnöthig; so könnte ja der Richter den Zeitpunct, wo die Todesvermuthung gesetzmäßig eintritt, zum Nachtheil der Erben nach Willkühr ändern, und verlängern, weil die Erfahrung lehrt, daß die Todeserklärung öfters erst lange nach eingetretener Todesvermuthung erfolgt. Der Grund, als lasse sich die Maßregel einer öffentlichen Ladung nicht rechtfertigen, wenn es eine solche Vermuthung gäbe, nach welcher den Gesetzen zu Folge anzunehmen, derjenige, an welchen sie gerichtet ist, sey schon gestorben, beseitiget sich von selbst. Denn man vergesse doch nicht, daß der Verschollene nur präsumtiv und bis zum Beweis des Gegentheils für todt gehalten wird. Da nun die Vermuthung nothwendig der Wahrheit weichen muß, und es doch vielleicht möglich wäre, daß der Verschollene, wenn er auch schon 70 Jahre alt seyn sollte, doch noch leben könnte; so wird zum Ueberfluß noch eine Edictalladung verfügt. Nothwendig aber sie nicht, wo sie nicht Landesgesetze vorschreiben, welches aber nur in dem Falle für nöthig gehalten wird, wo ein kürzerer, als der gewöhnliche, Zeitpunct zur Todesvermuthung festgesetzt ist [13]). Eine Edictalladung wird zwar gewöhnlich verfügt, wenn Jemand verschollen ist, nämlich zu dem Behuf, um über sein Vermögen eine Curatel anzuordnen [14]). Allein konnte schon damals, als der Ab-

13) S z. B. das Preuß. Landrecht 2. Th. Tit. 18. §. 833. vergl. mit §. 828 — 831.

14) Es wird daher in diesem Falle der Edictalladung nur

wesende verscholl, durch die erlassene Edictalladung von seinem Leben und Aufenthalt keine Nachricht weiter eingezogen werden; so ist dieß noch weniger zu der Zeit zu hoffen, da derselbe nach erreichtem Alter von 70 Jahren für todt erklärt werden kann. Es ist daher sehr unschicklich ausgedruckt, wenn es heißt: der Richter tödte den Verschollenen durch seinen Ausspruch [15]), denn man bedenke doch, daß dieser Ausspruch, wie bereits bemerkt worden, blos declaratorisch ist. Der Richter bestätiget nur durch sein Decret, daß der Abwesende nun vermöge rechtlicher Vermuthung für todt zu halten sey, so daß es also im Ganzen gleichviel ist, ob man sagt, Jemanden für todt achten, oder für todt erklären, obwohl jenes mehr auf die

die Androhung beygefügt, daß das Vermögen des Abwesenden im Ausbleibungsfalle zur Verwaltung übergeben werden solle. Die gewöhnliche Verwarnung der bevorstehenden Todeserklärung, wofern sie das besondere Landesgesetz nicht vorschreibt, wird nicht von allen gebilliget. S. Claproth's summarische Prozesse. §. 223. S. 308. a. E. und von Quistorp rechtliche Bemerkungen. 1. Th. bemerk. XVI. S. 76. ff. Die Edictalladung kann auch hier als unnöthig erscheinen, wenn diejenigen, die als nächste Präsumtiv-Erben auch das nächste Recht zur Curatel haben, durch beglaubte Nachrichten darzuthun im Stande sind, daß sie sich alle Mühe gegeben, den Aufenthalt des schon viele Jahre Abwesenden zu erfahren, ihre Bemühungen aber vergeblich gewesen wären, wie von Quistorp a. a. O. S. 78. a. E. bemerkt hat.

15) In der Tübinger kritischen Zeitschrift für Rechtswissenschaft 4. B. S. 427. heißt es: „dieser fast komische Satz dürfte, in seinen Folgen wohl erwogen, die Unhaltbarkeit dieser Ansicht des Verf. klar genug erheben.

Vermuthung des Todes, dieses aber mehr auf den Ausspruch des Richters, daß die Wirkung jener Vermuthung eingetreten sey, folglich die Curatel nun aufhöre, und die Beerbung Statt finde, sich zu beziehen scheint [16]).

Noch ist zu bemerken, daß wenn einer der Intestaterben die Zeit, wenn der Abwesende wirklich mit Tode abgegangen ist, auf eine glaubwürdige Art darthun könnte, die Vermuthung der Gewißheit nachstehen, und die Erbschaft demjenigen zugesprochen werden müsse, welcher zur Zeit des wirklichen Todes des Verschollenen sein nächster Verwandter war [17]).

§. 1398.

Beendigung der Curatel.

Die Curatel hat theils Beendigungsgründe mit der Tutel gemein, theils eigenthümliche. Von den ersten ist schon an einem andern Orte [18]) gehandelt worden. Ich bemerke hier nur noch, daß sich auch die *cura impuberum*, der Grund ihrer Anordnung sey, welcher er wolle, nach dem Röm. Rechte eben so, wie die Tutel der Unmündigen selbst, mit der Pubertät

16) Mit mir stimmen überein Hommel Rhapsod Quaest. for. Vol. I. Obs. 107. nr. 4. Kind Diss. de successione in bona absentium. §. 11. Haase über Edictalladungen und Edictalproceß. Kap. X. §. 7. Not. 47. S. 120. und Schweppe Röm. Privatrecht 1. Band. §. 61. S. 149. (der 4. Ausgabe.)

17) Kind cit. Diss. §. 13. und Haase über Edictalladungen. Kap. X. §. 12. S. 136. ff.

18) S. Th. XXXI. §. 1353. S. 129—160.

endige [19]. Der Mündel mußte also nach dem Eintritt der Pubertät um einen andern Curator bitten [20]. Auch wenn der Tutor wegen einer nothwendigen Reise in öffentlichen Angelegenheiten abwesend seyn muß, und es wird dem Mündel an seiner Stelle ein Curator gegeben, so bleibt derselbe, wenn der Tutor nicht wieder zurückkommt, bis zur Pubertät [21].

Hier ist nur von solchen Beendigungsgründen die Rede, welche der Curatel und den verschiedenen Arten derselben *eigenthümlich* sind, und in der Person des Curanden ihren Grund haben [22]. Man pflegt hier die Regel aufzustellen, *die Curatel endiget sich, sobald der Grund ihrer Anordnung aufhört* [23]. Allein die Frage ist, ob dazu ein obrigkeitliches Decret erfordert werde, oder nicht? Die Frage hat vorzüglich Einfluß auf die Gültigkeit der Handlungen des Curanden. Man kann sagen, in der Regel sey kein Decret erforderlich, sondern *die Curatel hört auf, sobald der Grund derselben wegfällt.* So erlischt 1) die Curatel der sogenannten *preßhaften Personen*, d. h. solcher, welche an einem fortdauernden Gebrechen, oder

19) *L.* 1. *C. Quando tutor. vel curatores esse desin.* (V. 60.) S. Donellus Commentar. de iure civ. Lib. III. Cap. 22. §. 3. (Vol. II. pag. 248. *edit. noviss. Norimb.* 1805. 8.)

20) *L.* 25. *D. de tutor. et curat. dat.*

21) *L.* 12. *D. de tutelis.*

22) Donellus Comment. de iure civ. Lib. III. Cap. 22. §. 8. ist hier sehr unbefriedigend.

23) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 15. und *Puchta* Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitig. bürgerl. Rechtssachen 2. Th. §. 322.

an einer langwierigen Krankheit leiden, und 2) die deutsche Curatel unverheyratheter Frauenspersonen, wenn Beyde ihren Curator nicht weiter verlangen. 3) Die Curatel der Abwesenden aber, wenn der Tod des Verschollenen entweder rechtlich bewiesen, oder der rechtlichen Vermuthung nach anzunehmen ist, oder der Abwesende zurückkehrt. Ein Decret ist in allen diesen Fällen nicht erforderlich. Die Todeserklärung bey Verschollenen hat blos die Beendigung der Curatel zur Folge. Ferner 4) die Curatel der Minderjährigen durch die erreichte Volljährigkeit, oder durch Großjährigkeitserklärung, von welcher schon an andern Orten [24]) gehandelt worden ist. 5) Die Cura verstandloser Personen soll sich nach dem neuern Röm. Rechte [25]) erst mit dem Tode derselben endigen. In lichten Zwischenräumen kann zwar der Curand selbst handeln, die Curatel selbst aber ist nicht aufgehoben, sondern nur in Rücksicht der Verwaltung suspendirt. Da in solchen Zeiten der furiosus eben so handeln kann, als ob er gar keinen Curator hätte; so kann man in dieser Beziehung mit Ulpian *L.* 1. *pr. D. h. t.* wohl sagen, der furiosus sey nur so lange in der Curatel, bis er den Gebrauch seines Verstandes wieder erhalten hat: quod si evenerit, *ipso iure* desinit esse in potestate curatoris. Der Curator soll nur insofern bleiben, als nachher kein neuer Curator braucht ernannt zu werden, sondern der vorige wieder in sein Amt eintritt, wenn der Zustand des Wahnsinns wieder zurückkehrt. Nur 6) bey der Cura der Verschwender ist es streitig. Ulpian verbindet beyde

24) S. den Commentar Th. 2. §. 130. S. 226. und Th. 31. §. 1353. a. S. 144. ff.

25) *L.* 6. *C. de curat. furiosi vel prodigi.*

in einem Satze. *Et tam diu erunt* AMBO *in curatione*, sagt er, *quam diu vel furiosus sanitatem, vel* ILLE *sanos mores receperit: quod si evenerit,* IPSO IURE *desinunt esse in potestate curatorum.* Daraus haben mehrere Rechtsgelehrte [26]) folgern wollen, daß bey Beyden in Rücksicht des Aufhörens der Curatel gleiche Rechte Statt finden. Ulpian wolle nämlich mit den angeführten Worten soviel sagen: „Wenn der Rasende und Verschwender wieder in einen Zustand der Vernünftigkeit zurückkehren; so höre die Curatel über Beyde ipso iure auf. Nach einigen soll sie dann ganz aufhören [27]). Andere [28]) aber wollen dieses nicht so verstehen, als ob bey einer totalen Besserung des Verschwenders derselbe ipso iure, und ohne ein richterliches Decret, von der potestas seines Curators befreyt werde. Dieß würde dem Geist der Gesetze widersprechen. Den Worten: *ipso iure:* sey vielmehr der Sinn unterzulegen," sobald man unbezweifelte Kennzeichen eines vernünftigen Willens des Curanden habe, so sey anzunehmen, daß in dem Zeitmoment, in dem diese Kennzeichen eingetreten sind, die Curatel ipso iure aufhöre. Denn auch ein Verschwender könne sogut, wie ein furiosus, dem er gleichgestellt werde, lichte Zwischenräume haben. Bey einem Verschwender sey zwar die untrügliche Kenntniß eines interimistisch zurückgekehrten vernünftigen Willens ungleich schwerer, als bey einem Rasenden, weil der Abstand der Handlungsweise eines Rasen-

26) S. DONELLUS c. l. GOEDDAEUS de contrah. et committ. stipulat. Cap. VII. nr. 163. und Hoppe Lehre von juridischen Verschwendern. §. 12. S. 92. ff.

27) Z. B. DONELLUS III. 22. in fin. und GOEDDAEUS c. l.

28) Hoppe a. a. O.

den von der eines Vernünftigen zu groß ist, als daß man nicht bey veränderter Handlungsweise die zurückgekehrte Vernünftigkeit erkennen sollte. Diese Kenntniß sey also nur aus der Handlung zu entnehmen, die das unverkennbare Gepräge der Vernünftigkeit an sich trägt. Eine solche Handlung sey zum Beyspiel das Testament. Daher müsse auch ein Verschwender eben so gültig testiren können, wie ein Rasender zur Zeit eines lichten Zwischenraums. Allein die meisten Rechtsgelehrten [29] sind jetzt darin einverstanden, daß die bloße Besserung, wenn sie sich auch in einzelnen Handlungen aussprechen sollte, die Curatel über den Verschwender weder ganz,

29) *Franc.* Duarenus Comment. in Tit Dig. de Verb. Obligat. ad L. 6. h. t. (*Opper.* pag. 730.) *Jo.* Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 7. *Ger.* Noodt Comm. ad Dig. h. t. §. *Recederem* Tom. II. *Opp.* pag. 590. Domat les Loix civiles dans leur ordre naturel Tom. II. Livr. II. Tit. II. Sect. I. §. 12. pag. 69. (*a Paris* 1695. 8.) *Ulr.* Huber Praelect. ad Institut. Lib. I. Tit. 23. §. 5. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. 23. Pothier Pand. Justinian. h. t. Nr. XVI. not. g. pag. 168. *Bav.* Voorda Thes. controvers. Dec. XXVIII. §. 10. pag. 388. *Ant.* Schulting Notae ad Dig. Tom. IV. ad L. 1. h. t. pag. 505. *Bernh. Henr.* Reinoldus Varior. Cap. 41. (in *Opusc. iurid.* a Juglero *editis. Lugd. Batav.* 1755. 8. pag. 227—230.) Thibaut Syst. des Pandectenrechts. 1. B. §. 546. Mackeldey Lehrbuch des heutigen Röm Rechts. 2. Bd. §. 592. Mühlenbruch doctr. Pand. Vol. II. §. 340. Nr. II. Gesterding Cura prodigi. §. 1. in der Ausbeute von Nachforschungen. 1. Th. S. 55. Zimmern Geschichte des Röm. Privatrechts. 1. Bd. §. 251. S. 952. Puchta Handbuch des gerichtlichen Verfahrens in nichtstreitigen bürgerl. Rechtssachen. 2. Theil. §. 322. S. 443.

noch in den Zeiten aufhebe, wo diese Handlungen vorgenommen worden sind, sondern, so wie bey der Anordnung der cura prodigi der verschwenderische Lebenswandel zuvor durch gerichtliche Untersuchung ausgemittelt, und dem Verschwender durch obrigkeitliches Decret die Verwaltung seines Vermögens müsse untersagt werden; eben so höre auch die Curatel über den ökonomisch werdenden Verschwender anders nicht auf, als wenn die Obrigkeit nach vorgängiger Untersuchung das Interdict wieder aufhebt, und ihm die Selbstverwaltung seines Vermögens wieder gestattet. Wenn nun auch Ulpian *L. 1. cit.* sage, prodigum, si sanos mores receperit, *ipso iure* desinere in potestate curatoris esse, so schließt dieß keinesweges die richterliche Untersuchung, und das Decret der Obrigkeit aus. Denn ob sich der Verschwender wirklich gebessert habe, beruht auf Thatsachen, und setzt eine Untersuchung der Obrigkeit voraus. Hat sich nun aus dieser Untersuchung eine wahrhaft ökonomische Lebensbesserung des Prodigus ergeben; so hört der Prodigus *ipso iure* auf, in der potestas seines Curators zu seyn, wie Ulpian sagt, welches nun wohl vernünftiger Weise keinen andern Sinn haben kann, als den, daß nun die Curatel über den Prodigus, selbst nach dem strengen Civilrecht, ja selbst den Gesetzen der zwölf Tafeln zu Folge, aufzuheben, und die Obrigkeit nun zur Zurücknahme der Interdiction, und also zur Aufhebung dieser cura genöthiget sey. Domat[30]) sagt daher ganz richtig: Quoiqu'il soit vrai, que la resipiscence mette le prodigue et l'insensé en état de reprendre le soin de leurs affaires; il

30) Cit. loc. Tom II. pag. 69.

est nécessaire à l'égard du prodigue, que comme il est interdit en justice, il fasse lever l'interdiction, tant pour la décharge de son curateur, que pour la sûreté de ceux qui auront à traiter avec lui. Noch ausführlicher sagt Reinold[31]: Ipse Ulpianum illis verbis *ipso iure* non magis decretum Praetoris excludere puto, quam quum Jureconsulti ajunt: *lege prodigo bonis interdici*, ipsos Praetoris interdicto non esse opus existimare, statui potest. Ulpianus in eadem *L.* 1. *h. t.* ait: *Lege XII Tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratio*, et in *L.* 5. §. 1. *D. de acquirenda vel omitt. hered. Eum, cui* Lege *bonis interdicitur*. An ergo Praetoris nullae sunt partes, cum Lege ipsa interdicatur? Nunquam id existimavit Ulpianus. Nam *Fragm. Tit.* 12. ait. *Lex XII Tabularum furiosum itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione iubet esse agnatorum*. Lex vult prodigis bonis interdici, et si interdictum sit, eorum curationem pertinere ad agnatos. Eiusdem legis sententia est, ut is, qui prodigus amplius haud sit, nec curatorem habeat. Lege ergo is, cui bonis erat interdictum, si sanos mores receperit, non cogitur amplius esse in curatione. *Lege ipsa a curatione liber est, modo Praetori fides sit facta de recuperata morum sanitate, atque ille decreto suo id declaraverit.* Ab hoc decreto interposito quidquid is, cui bonis interdictum fuerat, etiam absque curatore gesserit, id firmum ratumque est, quamvis eo decreto Praetor non jusserit diserte, ei bona restitui, et cura-

31) Opuscul. pag. 229. seq

tor ipse nondum restituerit. Nam decreto etiam his verbis pronunciato: *Videri eum ad sanos mores rediisse*, ipso iure curatio cessabat, atque ius bona sua administrandi dominus recipiebat. Uti ergo interdicto interposito curatio prodigi pertinet ad agnatos: *ita et si pronuntiarit Praetor*, *fidem sibi de sanis moribus receptis factam*, *statim cessat curatio*, *lege XII Tabularum ita volente.*

Uebrigens nimmt das Römische Recht bey Verschwendern nicht so, wie bey wirklichen Verstandlosen, lichte Zwischenzeiten an.

Lib. XXVIII. Tit. I.

Qui testamenta facere possunt, et quemadmodum testamenta fiant.

§. 1399.

Einleitung. Litteratur.

Mit diesem 28sten Buche der Pandecten beginnt, nach Justinians Eintheilung derselben in septem partes, der fünfte Theil, welcher die Lehre von der hereditas testamentaria enthält. Er wird daher de testamentis genennt[32]). Nur dieses testamentarische Erbrecht ist es, welches einen jetzt noch zu erörternden wichtigen Gegenstand dieses Commentars ausmachen wird, weil ich die Lehre von der Intestaterbfolge sowohl nach älterm als neuerem Römischen Rechte schon in einer eigenen bekannten Schrift dargestellt habe. Die allgemeinen Begriffe und Grundsätze von Erbrecht überhaupt sind auch schon an andern Orten[33]) von mir vorgetra-

32) S. Constitut. *Tanta* de confirmat. Digestor. §. 6.

33) S. den 6. Th. dieses Commentars. §. 536—543. und die Intestaterbfolge. §. 1.

gen worden. Von diesen hier auszugehen, würde also eine höchst unnütze Wiederholung seyn. Uebrigens ist das Erbrecht sowohl überhaupt als insonderheit das testamentarische, nicht nur von den ältern, sondern auch vorzüglich von den neuern Rechtsgelehrten mit großem Fleiße bearbeitet worden. Die vorzüglichsten Schriften sind.

1) Zur Geschichte dieser Rechtslehre.

Eduard Gans das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung; auch unter dem Titel: das Römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem. Eine Abhandlung der Universalrechtsgeschichte. 1. Bd. Berlin 1824. 8. 2. Bd. Berlin 1825. 3. Bd. Stuttgart und Tübingen 1829. Dieser 3. Band hat auch den Titel: Das Erbrecht des Mittelalters von Ed. Gans. Stuttgart und Tübingen 1829. 8.

Fr. Carl von Savigny Beytrag zur Geschichte der Römischen Testamente; in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft. 1. Bd. (Berlin 1815.) S. 78—95. Ferner Desselben Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. Bd. S. 82. ff. und 2. Bd. S. 182—186.

J. H. Dernburg Beyträge zur Geschichte der römischen Testamente. Bonn 1821. 8.

Spangenberg Beytrag zu der Lehre von Testamenten; (in Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von Egid. von Löhr, Mittermaier und Thibaut. 5. Bd. S. 144—176.)

Christ. Wilh. Walch Diss. de mutata a Constantino M. testamenti iuris civilis forma. *Jenae* 1823.

Heinr. Ed. Dirksen Uebersicht der bisher. Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. (Leipz. 1824.) S. 320—342.

Aeltere Litteratur.

Christ. THOMASII Diss. de origine successionis testamentariae. *Halae* 1705. 4. EJUSD. Diss. Prima initia successionis testamentariae apud Romanos. *Ibid. eod.* 4. EJUSDEM Diss. de sensu legis decemviralis testamentariae. *Ibid. eod.* 4.

Jo. Gottl. HEINECCII Diss. de origine testamentifactionis, et ritu testandi antiquo ad L. 120. D. de Verb. Signif. *Franequ.* 1726. 4. (in *Opusculor. varior. Syllog.* (*Halae et Magdeb.* 1735. 4.) Exercit. XXVII. pag. 970 — 1003.)

Jo. Henr. SUMMERMANNI Conjecturar. de origine et progressu testamentorum apud Romanos pariter ac Germanos aliosque populos Specim. I. *Berolini* 1735. 4.

Albert. Diet. TREKELL Tractatio de origine atque progressu testamentifactionis, praesertim apud Romanos, cum praefat. *Ge. Christ.* GEBAUERI. *Lipsiae* 1739. 4.

Jo. Joach. Car. de BERNSTORF Analecta historica ad doctrinam testamentorum. *Goetting.* 1775.

2) Exegetische Schriften.

Jacobi CUJACII Commentarii ad Tit. I — IV. huius Libri: (in *Operib.* quae de iure fecit, et ipse edi voluit. *Hanoviae* 1602. f. Tom. II. pag. 204 — 258.)

Franc. Duareni Comment. in libr. XXVIII. — Lib. XXXV. Tit. 2. (in *Opper. Francof.* 1592. f. pag. 312 — 575.)

Viglii Zuichemi Commentaria in decem titulos Institutionum, (ex Libr. II. Tit. 10 — 19.) quibus omnia pene testamentorum iura eleganter et dilucide explicantur. *Basiliae* 1534. f.

Henr. Theod. Pagenstecher in Sexti Pomponii ICti ad Sabinum de re testamentaria et de bonorum possessionibus libros quatuor Commentarius. *Lemgoviae* 1750. 4.

Andr. Flor. Rivini Diss. Florentini iurisprudentiae testamentariae reliquias, in institutionibus Imp. Justiniani repertas, et notis illustratas exponens, (*auctor Christph. Gottl.* Thilo) *Vitembergae* 1752. 4.

Ernst Christ. Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten, deren Erblasser, und Erben, ihrer Form und Gültigkeit. Leipzig 1790. 8. Desselben systematischer Commentar über die Gesetze von Vorlegung und Eröfnung der Testamente, Annehmung und Ablehnung der Erbschaft, den Rechten und Pflichten des Erben, auch dessen possessorischen und petitorischen Rechtsmitteln. Leipzig 1790. 8.

A. L. G. de Reiche Commentatio ad titulum Pandectarum Lib. XXVIII. Tit. I. Qui facere possunt testamenta, et quemadmodum testamenta fiant. *Goettingae* 1796. 8.

3) Doctrinelle Schriften.

Hug. Donelli Commentar. de iure civ. Lib. VI. Cap. 4 — 28.

Jo. VOET Comm. ad Pand. ad Libr. XXVIII — XXXVI.

Lud. God. MADIHN Principia iuris Rom. de successionibus seu de iure hereditario. Edit. 2. *Francof. ad Viadr.* 1792. 8.

C. Siebenkees Abhandl. von Testamenten. Nürnberg. 1791. 8.

Just. Claproths Abhandlung von Testamenten, Codicillen, Vermächtnissen und Fideicommissen. 2. Aufl. Göttingen 1797. 8.

Joh. Ludw. Koch Versuch einer systemat. Darstellung der Lehre von dem testamentarischen Erbrechte. 1. Th. Frankf. 1813.

Siegm. Wilh. Zimmern Grundriß des gemeinen in Deutschland geltenden Erbrechts. Heidelberg 1823. 8.

Adolph Carl Heinrich von Hartitzsch das Erbrecht nach römischen und heutigen Rechten bearbeitet nach Haubold. Leipzig 1827. 8.

4) Practische Schriften.

Sam. STRYK Tract. de cautelis testamentorum. *Halae* 1738. 4.

D. L. von Eichmann Versuch über die Behutsamkeit beym letzten Willen. 2. Theile. Halle 1783. 8.

H. E. F. Bolley Drey und dreyßig Aufsätze über Testamente, Erbschafts- und andern Theilungen. Stuttgart 1808. 8.

C. H. A. Punge theoretisch-practische Anleitung zur Abfassung letzwilliger Verfügungen. Lemgo 1810. 8.

5) Schriften welche einzelne Materien des testamentarischen Erbrechts erörtern.

J. PAGENSTECHER Discussiones testamentariae. *Groening.* 1703.

Christph. Frid. HARPPRECHT Lanx satura rerum ad testamentarias leges attinentium. *Tubingae* 1744. 4.

God. Dan. HOFFMANN Observationes quaedam testamentariae. *Tübingae* 1754. 4.

Christ. Gotth. HÜBNERI Disputationum iuris civilis liber primus (insunt Disputationes testamentariae). *Jenae* 1806. 8.

J. A. Seuffert Erläuterung zu den Lehren des Erbrechts. Würzburg 1820.

§. 1399. a.

Begriff vom Testament. Erläuterung der L. 1. D. h. t.

Die testamentarische Erbschaft, welche durch Testament deferirt wird, begründet immer eine directe Erbfolge, d. h. eine solche Art der Universal-Succession, da der Successor ohne Darzwischenkunft einer Mittelsperson in die Rechte und Verbindlichkeiten eines Verstorbenen nach desselben Tode eintritt, und desselben Person repräsentirt. Eine solche wird auch immer in den Gesetzen verstanden, wenn sie von einer hereditas sprechen. Daher sagt Justinian §. 2. *J. de codicillis* (II. 25.) Codicillis autem *hereditas* neque dari, neque adimi potest, ne confundatur ius *testamentorum* et *codicillorum*, et ideo nec exheredatio scribi. *Directo* autem *hereditas* codicillis neque dari neque

adimi potest: nam *per fideicommissum* hereditas codicillis iure relinquitur. Also nur durch Testament kann die testamentaria hereditas bewirkt werden. Sie setzt aber ein gültiges Testament voraus, wenn dadurch die Intestaterbfolge ausgeschlossen werden soll.

Hierauf geht denn auch der Begriff vom Testament, der uns *L.* 1. *h. t.* aus des Modestinus *libro II. Pandectarum* gegeben wird, welcher folgendermassen gefaßt ist: *Testamentum* est voluntatis nostrae iusta sententia de eo, quod quis [34]) post mortem suam fieri velit. In den Institutionen *Pr. de testam. ordinand.* (II. 10.) sagt Justinian nur, woher die Benennung vom Testament zu leiten sey, wenn es daselbst heißt: *Testamentum* ex eo appellatur, quod testatio mentis est. Diese Herleitung scheint nach Gellius [35]) von Servius Sulpicius entlehnt zu seyn, welcher sagte: *Testamentum* verbum esse duplex, compositum *a mentis contestatione*. Gellius tadelt ihn zwar deshalb; allein er sagt doch selbst: falsa quidem, sed non abhorrens, neque inconcinna *quasi mentis quaedam in hoc vocabulo significatio*. Vollständiger als beyde, definirt Ulpian [36]) das Testament, wenn er sagt: *Testamentum* est mentis nostrae iusta contestatio, in id solenniter facta [37]),

34) Donellus Lib. VI. Cap 4. §. 2. meint, es müsse nach den Worten quod quis, das Wort *nostrum* ergänzt werden.

35) *Noct. Atticar.* Lib. VI. Cap. 12.

36) *Fragm. Tit. XX.* §. 1. S. *Ant.* Schulting Jurispr. vet. Antejust. pag. 627.

37) Die gemeine Lesart bey *Ant.* Schulting und *Jo.* Canne-

ut post mortem nostram valeat. Die beyden letzteren Stellen kommen darin überein, ein Testament sey nach seiner Origination eine testatio oder contestatio mentis. Ob die Lesart contestatio bey Ulpian die richtige sey, ist zweifelhaft. Nach der Bemerkung des Charondas bey Anton Schulting [38]) lesen einige Handschriften testatio. Auch Joh. Cannegieter [39]) zieht die Lesart vor: *iusta quaedam testatio.*

Man sieht indessen, daß das Wort testamentum von *testari* herkommt, welches Wort sowohl bey den juristischen als nichtjuristischen Classikern ursprünglich eine zweyfache Bedeutung hat. Es heist nämlich 1) soviel, als Jemanden ein Zeugniß von Etwas geben. In dieser Bedeutung erklärt Theophilus [40]) die testatio mentis in der Stelle der Institutionen, wenn er sagt: *καὶ γὰρ μαρτυρίαν ἔχει τῆς τοῦ τελευτήσαντος διανοίας*: i. e. *etenim testimonium habet mentis defuncti.* Das Wort *testari* bedeutet aber auch 2) soviel, als Jemanden zum Zeugniß in einer Sache auffordern. Hierher gehört die Stelle aus den XII Tafeln, welche Gellius [41]) anführt: *Qui se sierit* TESTARIER, *libripensve fuerit*, *ni testimonium fariatur*, *improbus intestabilisque esto.* Eben dieselbe Bedeutung hat

GIETER (vid. not. 39.) ist zwar factum; allein die richtigere Lesart facta hat HUGO in iure civ. Antejust. Tom. I. pag. 57.

38) Cit. loc. Not. 3. pag. 627.

39) Ad Domit. Ulpiani fragmenta. Tit. XX. §. 1. pag. 81.

40) *Paraphr. Graec. Instit. ad Pr. de testam. ordin.*

41) *Noct. Atticar.* Lib. XV. Cap. 13. in fin. S. auch Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. S. 607 ff.

auch das Wort *contestari* bey Festus h. v. wo er sagt: CONTESTARI est, cum uterque reus dicit: *Testes estote.* CONTESTARI LITEM dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: *Testes estote.* Beyde Bedeutungen von *testari* liegen bey dem Röm. Begriff vom Testament zum Grunde. Daher nennt auch Ulpian *libro I. ad Sabinum* [42]) die Testamentshandlung eine *suprema contestatio*, und sagt, die Zeugen müssen beysammen bleiben, bis die Handlung vollendet ist, und die beym testamento per aes et libram üblich gewesene *nuncupatio*, welche nach Ulpian [43]) darin bestand, daß der testator, tabulas testamenti tenens, also sprach: *Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor, itaque vos Quirites testimonium perhibitote*, wird ausdrücklich TESTATIO genennt.

So wie nun gewöhnlich der Name einer Sache eben aus dem, was sie ist, geschöpft wird, der Grund des Namens also mit dem Wesen der Sache identisch ist, so daß der Name die Sache vollständig ausdrückt; so nannte man also auch im engern Sinne eine letztwillige Verfügung über das Vermögen, wodurch der Verfügende erklärt, wie es damit nach seinem Tode gehalten werden solle, nach der dabey vorkommenden Aufforderung von Zeugen ein Testament [44]), gerade so wie

42) *L.* 20. §. 8. *D. h. t.*

43) *Fragm. Tit.* XX. §. 9. Bey den übrigen Mancipationen findet sich eine solche Aufforderung an die dabey vorkommenden Zeugen nicht. S. GAJUS *Institut. Comment. I.* §. 119. ULPIAN. *Fragm.* Tit. XIX. §. 3.

44) S CHARONDAS ad ULPIAN. Tit. XX. not. 2. in SCHULTING

man das Verfahren der Partheyen vor dem Magistrate (in iure) wegen der dabey vorkommenden Zeugenaufrufung, nach der oben vorgekommenen Stelle des Festus, *Litis contestatio* nannte, wenn gleich das Aufrufen der Zeugen mit der Formel: *Testes estote*, eigentlich nur einen Theil dieses Verfahrens ausmachte [45]). Allein das Testament hat nur von der testatio mentis seinen Namen. Es ist auch keine bloße voluntatis nostrae sententia, sondern, wie Modestin sagt, eine *iusta sententia*, oder, wie Ulpian sich ausdrückt, eine mentis nostrae *iusta contestatio*. Daß der Ausdruck *iusta sententia* auf eine civilrechtliche Verfügung hindeute, im Gegensatz des Codicills, welches erst eine Erfindung späterer Zeiten ist, und nicht den legibus populi Romani, sondern den moribus seinen Ursprung verdankt, hat keinen Zweifel [46]). Unstreitig hat Modestinus mit den Worten: *voluntatis iusta sententia* ein unterscheidendes Merkmal eines Testaments von einem Codicill ausdrücken wollen. Sehr richtig hat daher Hugo Donellus [47]) bemerkt, daß das Wort *iusta* mehr sagen wolle, als daß ein letzter Wille rechtsgültig seyn müsse, welcher ein Testament seyn soll. An sich hat es freylich seine Richtigkeit, daß nur eigentlich ein rechtsgültiges Testament diesen Namen verdiene. Ulpian sagt

TING Jurispr. Antej. pag. 627. und Dernburg angef. Beyträge §. 3.

45) S. Keller über Litis Contestation und Urtheil. §. 1.

46) *Princ. J. de codicill.* (II. 25.) S. *Franc.* DUARENUS ad L. 1. h. t. *Opp.* pag. 313. und Schweppe Röm. Rechtsgeschichte. § 440. Not. 2. S. 635.

47) Commentar. Lib. VI. Cap. 4. §. 2.

es ausdrücklich *libro L. ad Edictum* [48]): *Testamentum* autem *proprie* illud dicitur, *quod iure perfectum est;* sed *abusive* testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel iniusta, vel irrita, vel rupta; itemque imperfecta solemus testamenta dicere. Allein Codicille sind ja auch rechtsgültige letzte Willensverfügungen. Donellus meint daher, das Wort *iustum* habe hier eine doppelte Bedeutung. Es deute Theils auf den ritus solennis hin, mit welchem ein Testament errichtet wird, dergleichen ein Codicill nicht erfordert [49]), theils auf die Vollständigkeit des Willens, denn ein Testament umfasse das ganze Vermögen des Testirers; es unterscheide sich also auch darin vom Codicill, daß darin die Ernennung eines Erben geschieht, und eine universi iuris successio begründet wird. Am vollständigsten und richtigsten hat wohl die Worte des Modestinus: *voluntatis iusta sententia*, erklärt Petrus Perrenonius [50]). Er sagt, die wahre Bedeutung derselben sey aus der *L.* 4. *h. t.* zu erklären, wo Gajus, aus dessen *libro II. Institutionum* diese Stelle entlehnt ist, lehrt:

Si quaeramus, an valeat testamentum, in primis animadvertere debemus, an is, qui fecit testamentum, habuerit testamenti factionem: deinde si habuerit, requiremus, an secundum regulas iuris civilis testatus sit.

48) *L.* 2. §. 1. *D. Testam. quemadmod. aper.* (XXIX. 3.)

49) §. 3. *J. de codicillis.* (II. 25.) Codicilli nullam solemnitatem ordinationis desiderant.

50) Animadversion. et variar. Lectionum iuris civ. Lib. II. Cap. 21. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tom. I. pag. 651. sq.)

Soll also das Testament eine *iusta* voluntatis sententia seyn, so muß der Testirer 1) die rechtliche Fähigkeit haben, ein Testament zu machen. 2) Das Testament muß den Regeln des Civilrechts gemäß errichtet werden. Es muß also a) die Ernennung eines rechtsfähigen Erben enthalten, und b) die gesetzlich vorgeschriebene Form beobachtet werden. Also *iusta* sententia heißt hier nicht blos solennis, wie Franz Duarenus [51]), Lud. Charondas [52]) und Westphal [53]) diesen Ausdruck erklären, wenn gleich Papinian *libro I. Definitionum* [54]) sagt: Testamentum *non iure factum* dicitur, ubi *solennia iuris* defuerunt, denn der Ausdruck will hier mehr sagen. Es soll damit eine solche letzte Willensverfügung bezeichnet werden, welche alle Rechts-Erfordernisse eines Testaments hat, und den gesetzlichen Vorschriften von Testamenten gemäß errichtet worden ist [55]).

Wenn Modestin sagt: Testamentum est *voluntatis nostrae* iusta sententia; so will er durch das Wort *nostrae* zunächst andeuten, ein Testament müsse eine, von jedem fremden Einflusse freye Willensbestimmung seyn, die den bloßen freyen und eigenen Willen des Testirenden ausspricht. Daher sagt der Kaiser Theodosius II. in seiner Novelle *de Testamentis*

51) Comment. ad L. 1. D. h. t. *Opp.* pag. 313.

52) Cit. loc.

53) Von Testamenten §. 6.

54) *L. 1. D. de iniusto, rupto, irrito facto testam.*

55) S. *Desid.* Heraldus Rerum et Quaestion. quotid. Cap. XVII. §. 15. und *Jo.* Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 3.

v. J. 439[56]) sehr richtig: Illud quippe est proprie TESTAMENTUM, *quod testantis meram obtinet voluntatem.* Besonders äussert sich darüber Gajus *libro I. de testamentis ad Edictum Praetoris urbani*[57]) sehr bestimmt, wenn er sagt: Illa institutio: *Quos Titius voluerit*, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter Veteres decreverunt, *testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, nec ex alieno arbitrio pendere.* Es muß nur aber freylich nicht bey dem bloßen testiren wollen verbleiben. Denn die bloße Aeusserung, man wolle Jemanden zum Erben ernennen, ist noch kein Testament, weil ein Testament eine wirkliche Erbeneinsetzung enthalten muß[58]). Nach Duarens Erklärung soll das Wort *nostrae* noch eine besondere Emphasis haben. Es soll auch darauf hindeuten, daß die testamentifactio ein Vorrecht der Röm. Bürger sey.

Wenn endlich Modestin sagt, *de eo, quod quis post mortem suam fieri velit;* so soll damit angedeutet werden, daß beym Leben des Testirers Niemand aus dem Testament ein Recht erwerbe, sondern erst nach desselben Tode, mithin dasselbe, so lange der Testirer lebt, immer wieder aufgehoben werden könne[59]). Ulpian hat

56) *Novellar. Theodosii* II. Lib. I. Tit. 16. (in Hugo *iur. civ. Antejustin.* Tom. II. pag. 1251.)

57) *L.* 32. *pr. D. de heredib. instituend.* (XXVIII. 5.)

58) *L.* 31. *D. h. t.* Paulus *libro V. Sententiarum.* Eius bona, qui se Imperatorem facturum heredem esse iactaverit, a fisco occupari non possunt. S. Westphal von Testamenten. §. 11.

59) *L.* 4. *D. de adimend. legat.* (XXXVI. 4.)

dieses in seiner Definition noch deutlicher ausgedrückt, wenn er sagt: in id —, *ut post mortem nostram valeat*. Daher die Regel: viventis nulla est hereditas.

Nach dieser Erklärung ist also der Begriff von Testament im eigentlichen Sinne des Römischen Rechts so zu fassen. Testament ist eine nach Vorschrift der Gesetze eingerichtete letzte Willensverfügung, wodurch ein directer Erbe ernannt wird. In dieser Bedeutung unterscheiden sich Testamente von Codicillen a) darin, daß erstere gleich Anfangs als Gesetze galten. Sie waren actus legitimi, welche durch ein Gesetz des Röm. Volks bestätigt worden sind [60]. Vielleicht daß Modestin ein Testament, auch von dieser Seite betrachtet, eine *iusta* voluntatis sententia nennt, um sie von Codicillen zu unterscheiden. Denn diese waren nicht gleich Anfangs gültig, sondern erhielten ihre Gültigkeit erst nach und nach durch Gewohnheit aus Gründen der Billigkeit und um des gemeinen Nutzens willen [61]. Sodann kann b) in Codicillen kein directer Erbe ernannt, noch substituirt, noch enterbt werden. Dieß ist nur dem Testamente eigen. Es sind hier einige Stellen merkwürdig, welche besonders auf den Unterschied zwischen Testament und Codicill hindeuten.

§. 34. *I. de legatis* (II. 20.) Quia testamenta vim *ex institutione heredum* accipiunt, — ob id veluti caput atque fundamentum intelligitur totius testamenti *heredis institutio*.

60) *L.* 130. *D. de Verb. Signif.* Lege XII. Tabularum testamentariae hereditates confirmantur.

61) *Pr. J. de codicill.*

L. 20. *D. de iure codicillor.* (XXIX. 7.) PAULUS *libro V. ad Legem Juliam et Papiam.* — JULIANUS ait, tabulas testamenti non intelligi, *quibus heres scriptus non est;* et magis *codicilli*, quam testamentum, existimandae sint. Et hoc puto rectius dici.

L. 14. *C. de testamentis.* (VI. 23.) Impp. DIOCLETIAN. *et* MAXIMIAN. Achilleo. Non codicillum, sed testamentum aviam vestram facere voluisse, *institutio et exheredatio facta* probant evidenter.

L. 7. *C. de codicillis.* (VI. 36.) Imp. CONSTANTINUS A. ad Maximum P.P. Si idem codicilli, quod testamenta possent, cur diversum his instrumentis vocabulum mandaretur, quae vis ac potestas una sociasset? *Igitur specialiter codicillis instituendi, ac substituendi potestas iuris auctoritate data non est.* Dat. *Pacatiano* et *Hilariano* Conss. 332.

Das Wort *testamentum* hat jedoch noch einige andere Bedeutungen. Es wird auch oft für die Urkunde genommen, welche den letzten Willen eines Verstorbenen enthält, wie z. B. wenn von Eröfnung [62]), oder Verfälschung, oder Unterschlagung eines Testaments die Rede ist [63]).

Sodann bedeutet es auch zuweilen die testamentarische Erbschaft selbst, die durch Testament deferirt wird,

62) Vide Tit. D. *Testamenta quemadmodum aperiantur.* (XXIX. 3.)

63) *L.* 2. *D. de lege Cornelia de falsis.* (XLVIII. 10.) *L.* 16. *et* 17. *C. eodem.* (IX. 22.) S. DUARENUS c. l. pag. 314.

wovon Brissonius [64]) mehrere Beyspiele [65]) angeführt hat. Zuweilen wird aber auch das Wort Testament in einer so weiten Bedeutung genommen, daß darunter ein jeder letzter Wille verstanden wird, wie ich schon an einem andern Orte [66]) bemerkt habe.

Noch ist zu bemerken, daß in den Urkunden des Mittelalters das Wort testamentum in einer von der römischen ganz abweichenden Bedeutung nämlich von allen Gattungen brieflicher Urkunden, welche von Zeugen unterschrieben sind, gebraucht wird. So werden daher in den Urkunden des Mittelalters, Stiftungsbriefe, Lehnbriefe, Kaufbriefe, Freyheitsbriefe häufig testamenta genennt [67]).

§. 1400.

Subject des Testaments. Erfordernisse der Willensbestimmung, und Willenserklärung.

Da ein letzter Wille eine bloß einseitige Disposition ist, so ist das Hauptsubject desselben der Testirer. Nach seiner Person ist daher alles zu beurtheilen, was auf Willensbestimmung Bezug hat. Er muß also 1) nicht nur wollen können, und daher das Bewußtseyn von sich haben, und bey sich seyn, sondern auch 2) den Willen, die Absicht und die Fähigkeit haben ein Testament zu

64) De Verbor. Signif. voc. *Testamentum.* nr. 2.

65) Z. B. *L. ult. D. de bonor. possess. sec. tabul.* (XXXVII. 11.) *L.* 14. *D. de his, quae ut indign.* (XXXIV. 9.)

66) S. den 6. Th dieses Commentars §. 542. S. 559.

67) S. Phil. Wilh. Gercken vermischte Abhandlungen aus dem Lehn- und teutschen Rechte. 2. Th. (Hamburg und Güstrow 1777. 8.) Nr. 5. S. 121 — 126.

machen [68]. Man nennt diese Fähigkeit ein Testament zu errichten, die active Testamentifaction, zum Unterschied der passiven, welche die Erbfähigkeit des im Testamente Bedachten betrifft [69]. Wie nothwendig der Wille und die Absicht zu Testiren zur Gültigkeit eines Testaments sey, erhellet besonders daraus, weil selbst der Soldat, so sehr er auch übrigens bey Errichtung seines letzten Willens privilegirt ist, dennoch die bestimmte Absicht zu testiren erklärt haben muß, wenn sein Wille als Testament gelten soll. Die bloße discursive Aeusserung, wer einmal sein Erbe werden solle, gilt auch bey Soldaten nicht [70]. Daher ist auch das Versprechen, man wolle ein Testament machen, und darin Jemanden zum Erben einsetzen, an sich unverbindlich, wenn es auch acceptirt worden wäre [71]. Ein Anders wäre, wenn der Erblasser einem Andern geradezu erklärt hätte, daß er nach seinem Tode sein Vermögen haben solle, und dieser es auch acceptirt hätte. Denn hier ist von keinem Testamente die Rede, eine solche Willenserklärung des Erblassers würde heut zu Tage als ein Erbvertrag gelten [72].

68) S. Geigers und Glücks merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen. 3. B. Nr. XLII. §. 5. ff. S. 181. ff. und Schweppe Röm. Privatrecht §. 786. und 789.

69) §. 4. *J. de hered. qualit. et different.* (II. 19.) *L.* 16. *pr. D. h. t.*

70) §. 1. *J. de testam. milit.* (II. 11.) *L.* 24. *D. eodem.* (XXIX. 1.)

71) *L.* 31. *D. h. t.* S. *Henr. God.* Bauer Responsor. ad quaestiones ex iure vario dubias Volum. II. (*Lipsiae* 1801. 8.) Resp. 54. pag. 32. sq.

72) S. Joh. Tob. Carrachs rechtl. Erörterung der Frage: Ob

3) Es muß auch der letzte Wille vollendet [73]), er muß verständlich [74]), und mit Bestimmtheit gefaßt seyn [75]), auch auf keinem Irrthum beruhen, ohne welchen die Disposition unterblieben wäre [76]). Er muß endlich 4) von jedem fremden Einfluß frey [77]), und auf eine solche Art erklärt, und errichtet seyn, daß er alle Erfordernisse eines gültigen Testaments hat. Denn nur ein gültiges Testament wird im eigentlichen Sinne ein Testament genennt [78]).

man wohl aus einem bloßen Handschreiben eines Erblassers ein Erbschaftsrecht sich anmaßen, und darauf klagen könne? Halle 1774. 4.

73) *L.* 25. *D. h. t.* *L.* 9. *C. eodem.* (VI. 22.) *L.* 11. §. 1. *D. XXXII de legat.*

74) *L.* 2. *D. de his, quae pro non scriptis habent.* (XXXIV. 8.) und die Notariats-Ordnung Maximil. I. v. J. 1512. Tit. von Testamenten. §. 4.

75) *L.* 9. §. 9. *D. de heredib. instituend.* (XXVIII. 5.)

76) *L.* 9. *pr. et* §. 1. *L.* 92. *D. de hered. instit.* *L.* 28. *D. de inoff. testam.* *L.* 4. *C. de hered. instit.* (VI. 24.) *L.* 5. *C. de testam.* (VI. 23.) §. 4. *J. de legat.* (II. 20.) S. Schweppe Röm. Privatrecht §. 789. und 790.

77) *L.* 1. *C. de sacrosanct. Eccles.* (I. 2.) CONSTANTINUS. Nihil enim est, quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis, postquam iam aliud velle non possunt, liber sit stylus, et licitum, quod iterum non redit, arbitrium.

78) *L.* 2. §. 1. *D. Testam. quemadm. aperiant.* (XXIX. 3.) Auch QUINCTILIANUS *Declamat. CCCVIII.* sagt: Quid est enim *testamentum*? ut opinor, voluntas defuncti consignata iure legibusque civitatis. Non dixerim ego *testamentum*, cui numerus signatorum deest: non dixerim testamentum, cui libripens et emtor familiae, et cetera iure necessaria deerunt.

§. 1401.

Schriftliches und mündliches Testament.

Ein Testament kann sowohl mündlich als schriftlich errichtet werden. Man unterscheidet daher zwischen mündlichen (testamenta nuncupativa) und schriftlichen Testamenten, (testamenta scripta). Beyde weichen aber nur in der Form, nicht aber in der Wirkung von einander ab. Zuweilen ist es zweifelhaft, ob das Testament ein schriftliches oder ein mündliches sey. Der Grund ist, weil die Rechtsgelehrten in ihren Begriffen nicht überkommen. Es kommt nicht blos darauf an, ob bey der Testamentshandlung ein schriftlicher Aufsatz gebraucht worden ist, oder nicht. Dieß sind die unrichtigen Begriffe der ältern Rechtsgelehrten, welche Ferd. Aug. Hommel[79]), mit Recht verworfen hat. Er selbst setzt den Unterschied darin, daß bey einem nuncupativen Testamente den Zeugen der Inhalt des Testaments mitgetheilt, bey einem schriftlichen aber der Inhalt den Zeugen verheimlichet wird. Allein der Testirer kann ja auch bey einem schriftlichen Testamente den Zeugen den Inhalt des Testaments wissen lassen. So führt Cicero[89]) ein Beyspiel von dem Architect Cyrus an, der ein schriftlich Testament gemacht, welches Cicero mit dem Clodius selbst obsignirt habe, und doch habe er die darin eingesetzten Erben den Zeugen offenbaret, testamentum autem palam fecerat, sagt Cicero. Eben dieses that Quintus Tubero bey

79) Diss. de scriptura, eiusque necessitate in testamento nuncupativo. *Lipsiae* 1729. §. XXV. pag. 29.

80) *Orat. pro T. Annio Milone.* Cap. 18. S. Trekell de orig. et progress. testamentifact. §. 35. pag. 144.

Suetonius Tranquillus [81]. Und wie, wenn der Testirer seinen letzten Willen einem der Zeugen dictirt, und die Zeugen nachher ersucht, diesen schriftlichen Aufsatz zu unterschreiben und zu besiegeln, den auch der Testirer selbst in ihrer Gegenwart unterschrieben hat? Wer wird läugnen, daß der Testirer ein schriftliches Testament errichtet habe, wenn er gleich den Zeugen den Inhalt desselben bekannt gemacht hat [82]? Richtiger nennt Hofacker [83] ein schriftliches Testament ein solches, bey dem die äussere Form in einem schriftlichen Aufsatz besteht, ein mündliches Testament aber ein solches, wodurch der Testirer einen Erben ohne Scriptur ernennt. Es kommt hierbey alles auf die Art und Weise an, wie der Testirer seinen letzten Willen während der Handlung des Testirens erklärt. Besteht diese Handlung, mittelst deren der Testirer seinen letzten Willen gesetzmäßig erklärt, in einem mündlichen Vortrage, so ist es ein mündliches Testament, besteht sie aber in der Vorlegung eines schriftliches Aufsatzes, so ist das Testament ein schriftliches [84]. Es ändert daher die Natur eines schriftlichen Testaments nicht, wenn solches auch mündlich den Zeugen bekannt gemacht worden; es ändert aber auch eben so wenig die Natur eines mündli-

81) *In Julio. Cap.* 83.

82) *L.* 21. *pr. Cod. de testament.* (VI. 23.) S. Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1270.

83) Princ. iur. civ. Rom. Germ. Tom. II. §. 1265. et 1266.

84) *L.* 21. *pr. D. h. t. L.* 58. *pr. D. de. hered. instit.* (XXVIII. 5.) *L.* 21. *pr. et* §. 2. *C. de. testam.* (VI. 23.) *L.* 26. *C. eod.* Man vergleiche hier vorzüglich *Christ. Gotth.* Hübner Disputation. iuris civ. (testamentar.) Lib. I. Cap. 6. pag. 81.

chen Testaments, wenn solches nachher auch schriftlich wäre aufgesetzt worden, wenn nur in jenem Falle durch Vorlegung des schriftlichen Aufsatzes, in diesem aber durch den mündlichen Vortrag die Erklärung des letzten Willens vom Testator beabsichtiget wird. Der Testirer kann auch beyde Formen mit einander verbinden, welches den Vortheil hat, daß wenn das Testament in der einen Form nicht besteht, es noch in der andern gelten kann [85]. Man nennt dieses ein testamentum mixtum. Es muß nur der Testirer nicht ausdrücklich erklärt haben, daß er nur in der einen Form habe testiren wollen. Denn gilt es nachher in dieser nicht, so ist das Testament ungültig, wenn es auch gleich in der andern bestehen könnte [86].

Von einem schriftlichen Testamente ist ein testamentum nuncupativum in scripturam redactum zu unterscheiden. Wenn nämlich der Testirer seinen letzten Willen durch eine mündliche Erklärung errichtet hat; so ist entweder derselbe nachher um des Beweises willen in eine schriftliche Urkunde verfaßt worden, oder nicht. In jenem Falle wird das mündliche Testament eine *Testamentum nuncupativum in scripturam redactum* genennt [87], in diesem aber ein *testamentum*

85) S. Nettelbladt Diss. de testamento nuncupativo in scriptur. redacto. §. 3. et not. ad h. §. und Hommel cit. Diss. §. 29. et 30.

86) S. Voet Comm. ad Pand. h. t. §. 10. *Burckh.* Bardili Disp. de testamento nuncupativo. *Tubing.* 1671. §. 6. und Hofacker Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1270.

87) Man vergl. vorzüglich *Dan.* Nettelbladt Diss. de testamento nuncupativo in scripturam redacto. *Halae* 1753. et rec. *ibid.* 1760. 4.

nuncupativum schlechthin oder *simplex*. Es unterscheidet sich also von einem schriftlichen Testamente darin, daß bey diesem der gesetzmäßig errichtete schriftliche Aufsatz die wesentliche Form ausmacht, mittelst welcher der Testirer während der Handlung des Testirens seinen letzten Willen erklärt hat; dahingegen bey einem testamento nuncupativo in scripturam redacto der schriftliche Aufsatz nur um des Beweises willen hinzukommt [88]). Es findet hier der nämliche Unterschied, wie zwischen einem Litteralcontract, und einem solchen Contract Statt, der um des Beweises willen schriftlich verfaßt worden ist. Denn so wie der Litteralcontract auf einer schriftlichen Form beruht, und dadurch sein Daseyn erhält, eben so erhält auch ein schriftliches Testament sein Daseyn und Wesen durch die Scriptur, mittelst welcher der Testirer seinen letzten Willen erklärt hat; und gleichwie der schriftliche Aufsatz, welcher bey einem andern Contract hinzugekommen ist, nur zum Beweise dient, eben so dient auch nur zu diesem Behufe der schriftliche Aufsatz, welcher über ein mündliches Testament verfaßt worden ist. Ob übrigens der schriftliche Aufsatz von dem Testirer selbst noch vor dem Act des Testirens, um seinem Gedächtniß zu Hülfe zu kommen, oder derselbe während der Testamentshandlung, oder erst nachher entweder von den Zeugen selbst für das Gedächtniß aus eignem Antriebe gemacht, oder ob die Zeugen auf Verlangen des eingesetzten Erben ad perpetuam rei memoriam vernommen, und ihre Aussagen in eine Urkunde gebracht worden sind, ist gleichviel [89]). Das Testament

88) S. Nettelbladt Diss. cit. §. 1. Not. und Hofacker c. l. §. 1270. Not. a.

89) S. Nettelbladt Diss. cit. §. 2. 5. et 6.

wird dadurch nicht in ein schriftliches verwandelt, sondern es bleibt ein mündliches Testament, und es kommt im Betreff der Gültigkeit des Testaments alles auf den mündlich erklärten Willen des Testirers an [90]). Wenn daher auch z. B. der von den Zeugen nach der Testamentshandlung über den Inhalt des letzten Willens gemachte schriftliche Aufsatz die Erfordernisse eines schriftlichen Testaments nicht hat, es haben z. B. nicht alle Zeugen den Aufsatz unterschrieben und besiegelt, es fehlt auch an der Unterschrift des Testirers; so hat dieß auf die Gültigkeit des mündlich errichteten Testaments keinen Einfluß [91]), sondern es ist ein solcher Aufsatz nur nach den Regeln einer beweisfähigen Urkunde zu beurtheilen [92]). Ist über das mündlich errichtete Testament von einem Notar mit Zuziehung von zwey Zeugen eine Urkunde verfertigt worden; so ist durch ein solches Notariatsinstrument, vorausgesetzt, daß die Förmlichkeiten eines nuncupativen Testaments gehörig beobachtet worden, für den Beweis des Testaments auf immer gesorgt, und eine eidliche Be-

90) S. TREKEL de orig. et progressu testamentifact. §. 35. pag. 144. MALBLANC Princip. iur. Rom. P. ult. §. 691. pag. 836. und MÜHLENBRUCH Doctr. Pand. Vol. III. §. 478.

91) S. *Jo. God.* SCHAUMBURG Singularia de testamento nuncupativo capita. *Jenae* 1737. 4. §. 19.

92) S. SCHAUMBURG Diss. cit. §. 20. HOFACKER Princ. iuris civ. Tom. II. §. 1271. und Höpfner's Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 449.

93) S. *Jo. Balth.* L. B. *a* WERNHER Select. Observation. forens. Tom. I. P. IV. Obs. 103. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 817. und Weber's Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1418.

stärkung der Zeugen wird nun nicht für nöthig gehalten [93].

Der Regel nach steht es Jedem frey, ob er mündlich oder schriftlich testiren will. Eben so gleichgültig ist es, ob das mündlich erklärte Testament sogleich oder in der Folge in einen schriftlichen Aufsatz gebracht wird, oder nicht. Von dieser Regel macht aber das Testament eines Blinden eine sehr merkwürdige Ausnahme [94]. Nach einer Verordnung des Kaisers Justinus [95] kann zwar ein Blinder testiren, er kann aber und darf immer nur ein mündliches Testament errichten. Daher bleibt das Testament des Blinden auch selbst dann ein mündliches, wenn derselbe auch vorher seinen letzten Willen von einem Andern schriftlich hat aufzeichnen lassen. Denn die schon vorher aufgesetzte Urkunde muß nicht blos dem Blinden selbst, sondern auch den sämmtlichen Zeugen vorgelesen werden, und dann erst, wenn allen diesen Personen der Inhalt des Testaments gehörig bekannt gemacht worden ist, soll entweder die schon vorher aufgesetzte, oder die über die mündliche Erklärung des Blinden beym Act des Testirens verfertigte Urkunde unterschrieben und besiegelt werden. Von der Form dieses Testaments wird §. 1406. ausführlicher ge-

94) S. HOFACKER Tom. II. §. 1272.

95) *L. 8. C. Qui testam. facere poss.* (VI. 22.) Hac consultissima lege sancimus, ut carentes oculis, seu morbo, vitiove, seu ita nati, *per nuncupationem suae condant moderamina voluntatis.* S. Marezoll Bemerkungen, Zweifel, und Vermuthungen über einzelne Fragen aus dem Röm. Civilrechte, in von Grolman und von Löhr Magazin für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. IV. Bd. Nr. XI. §. 3, S. 168. ff.

handelt werden. Wir haben also hier ein Beyspiel von einem nuncupativen Testamente, welches ohne einen schriftlichen Aufsatz nicht gültig ist. Just. Henn. Böhmer [96]) nennt es deswegen ein testamentum mixtum, welches zugleich aus einem mündlichen und schriftlichen Testamente besteht. Allein Hommel [97]) hat diese Meinung mit Recht verworfen, und Nettelbladt [98]) hat sie gründlich widerlegt. Das Testament eines Blinden ist vielmehr richtiger für ein testamentum nuncupativum in scripturam redactum zu halten, welches sich von einem andern Testamente dieser Art dadurch unterscheidet, daß es nach Vorschrift der Gesetze eine schriftliche Aufzeichnung erfordert, und auch bey dieser die bestimmte Form beobachtet werden muß. Wegen dieser Eigenheit nimmt die Notariats-Ordnung Maximilian I. noch eine dritte Gattung von Testamenten an. Es heißt nämlich Tit. von Testamenten §. 1.

„Denn nach kaiserlichen Rechten und Gesetzen sind zweyerley Testament: das ein, das in Schriften geschieht, oder durch Mittel einer Schrift, die beschlossen oder zugemacht ist. Das ander das gemeiner ist, das man allein durch mündliche Erklärung ohne Schrift, oder unschriftliche Solennität aufzurichten pflegt, und darum *Nuncupativum* gemeinlich, das ist, ein ausgesprochen Testament genannt wird, und zu seinem

96) Diss. de testamento non praelecto. *Halae* 1759. §. VII. (in *Exercitat. ad Pand* Tom IV. pag. 906.)

97) Diss. de scriptura eiusque necessitate in testam. nuncupativo. §. XXII.

98) Diss. cit. de testamento nuncupativo in scriptur. redacto. §. XI. et not. ad h. §.

Wesen oder Substanz keine Schrift bedarf. Item man mag auch noch von einem dritten Geschlecht eines Testaments darzu thun, als das gemacht wird von einem der blind ist, Frauen oder Mann, auch durch mündlich Aussprechen, aber doch nicht ohne Schrift, und nehmlich die von einem Notarien, und auch von den Zeugen darzu sonderlich genommen und erbeten mit ihren allen eigenen Händen unterschrieben, auch mit derselben aller Signet bezeichnet wird."

Ist also hier die Urkunde nicht nach Vorschrift der Gesetze verfaßt, so ist das ganze Testament nichtig.

§. 1402.

Religiosität und gesetzliche Kraft der Testamente.

Es ist ein sehr richtiger Gedanke, daß das Testament bey den Römern, als die letzte Willensäusserung eines Sterbenden, eine Art von Heiligkeit und religiöser Bedeutung hatte [99]. Die Römer schienen darin gleichsam ein solatium mortis, wie Quinctilian [100] sagt, zu finden, daß ihr Wille auch noch über den Tod hinaus galt. *Alioquin potest grave videri etiam ipsum patrimonium*, fügt er hinzu, *si non integram legem habet*, et cum omne ius nobis in id permittatur viventibus, auferatur morientibus. Daher die große Sorgfalt, welche die Römer auf die unverfälschte Erhaltung ihrer Testamente verwandten Denn man

99) S. Gans Röm. Erbrecht. 2. Band. S. 148. ff.

100) *Declamat. CCCVIII.*

pflegte die Testamente in den Tempeln der Gottheiten, besonders bey den Vestalinnen, als den vorzüglichsten Priesterinnen, verwahrlich zu hinterlegen [1]). Selbst der Staat war bey der Vollziehung der Testamente interessirt. Publice enim expedit, sagt Paulus *libro VIII. ad Plautium* [2]), suprema hominum iudicia exitum habere. Hierzu kam noch der Umstand, daß die Römer in ihren Testamenten gewöhnlich auch über ihr Begräbniß verfügten, und darin anordneten, was zur Religiosität desselben gehörte, an dessen strengen Beobachtung ihnen um so mehr gelegen war, weil sie nach ihren Religions-Grundsätzen den Zustand eines Verstorbenen für unglückselig hielten, dessen Leichnam nicht gehörig ist beygesetzt worden [3]). Hierauf bezieht sich, was Modestinus *libro VIII. Responsorum* [4]) sagt: Quidam in suo testamento heredem scripsit sub tali conditione, si reliquias eius in mare abiiciat. Quaerebatur: cum heres institutus conditioni non paruisset, an expellendus esset ab hereditate? Modestinus respondit: laudandus est magis, quam accusandus heres, qui reliquias testatoris non in mare secundum ipsius voluntatem abiecit, sed memor humanae conditionis sepulturae tradidit. Da-

1) *L.* 4. §. 3. *D. Famil. ercisc.* S. Lipsius ad Taciti Annal. Lib. I. Cap. 8. und ad Suetonium in Caesar. Cap. 83. besonders *Henr. Jo.* Arntzenii Miscellaneor. lib. (*Trajecti ad Rhen.* 1774. 8.) Cap. XIII. pag. 134. sqq.

2) *L.* 5. *D. Testam. quemadm. aperiant.*

3) S. Cuperus Observat. Lib. I. Cap. 20. und Gobns de Cenotaphio. Cap. VI. §. 8.

4) *L.* 27. *pr. D. de condition. institution.*

her werden die Testamente in Ansehung ihrer Gültigkeit den Gesetzen gleichgestellt. In publicis, sagt Cicero [5], nihil est lege gravius, in privatis firmissimum est testamentum. Sie hatten auch in den ältesten Zeiten ungemein viel mit den Gesetzen gemein, selbst in Ansehung der Form. Denn sie konnten ursprünglich, wenn sie nicht von Soldaten vor der Schlacht errichtet wurden, (testamenta in procinctu), eben so wie die Gesetze, anders nicht, als auf den Comitien des Römischen Volks, (calatis comitiis) gemacht werden [6]. Iisdem comitiis, quae *calata* appellari diximus, sagt Gellius, et sacrorum detestatio et testamenta fieri solebant. Da die Testamente in calatis comitiis eine hereditas pecuniae und sacrorum bewirkten, und also wegen des innigen Zusammenhanges, in welchem das Vermögen und die sacra privata bey den Römern standen, zum ius pontificium gehörten [7]; so waren diese Comitia calata, in welchen die Testamente errichtet wurden, ohne Zweifel jene Curiat-Comitien [8],

5) *Philippica II. cap.* 42.

6) Gellius *Noct. Atticar.* Lib. XV. cap. 27. Ulpian. *Fragm.* Tit. XX. §. 2. Gajus *Comm. II.* §. 101. und §. 1. *J. de testam. ordinand.*

7) Cicero *Orat. pro domo Cap.* 13. 14. *et* 51. Cicero *de Legib.* Lib. II. Cap. 19 et 21. S. von Savigny über die juristische Behandlung der sacra privata bey den Römern. (in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswiss. 2. B S. 362 ff.)

8) S. *M. Aurel.* Galvanus de Usufructu. Cap. X. §. VIII. pag. 77. (edit. *Tübing.* 1788. 4.) *Arn.* Vinnius Comment. ad §. 1. Inst. de testam. ordinand. nr. 1. Christ. Ferd. Schulze von den Volksversammlungen der Römer

von denen Labeo bey Gellius sagt, sie würden pro collegio Pontificum, oder, wie sich Gellius [9]) selbst ausdrückt, arbitris Pontificibus gehalten, es waren die Comitien, in denen sich der Patricier vor der Versammlung der Curien durch die Sacrorum detestatio von der gens feyerlich lossagte [10]), und durch Testament über seinen Nachlaß verfügte, welches der Soldat vor dem zur Schlacht gerüsteten Heere that [11]), ja selbst das Heer stellte auch eine Art der Volksversammlung vor [12]). Suetonius [13]) und Tacitus [14]) nennen wenigstens das Heer ausdrücklich eine militum concio. So wie nun die Testamente durch diese Form Gesetzes Kraft [15]), eben so erhielten beyde Arten derselben ein

S. 296. f. Hüllmann Staatsrecht des Alterthums. S. 369. und Gans Röm. Erbrecht. 2 B. 2. Absch. 1. Kap. S. 52.

9) *Noct. Atticar.* Lib. V. Cap. 19.

10) S. von Savigny über die sacra privata der Römer in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft 2. Bd. S. 402.

11) S. Niebuhr Röm. Geschichte. 1. Th. S. 572. Not. 544. (der 3. Ausgabe Berlin 1828.)

12) S. Schweppe Röm. Rechtsgeschichte u. Rechtsalterthümer. §. 447. Not. 1.

13) In *Calba* Cap. 16.

14) *Histor.* Lib. I. cap. 18.

15) Hierauf deutet auch wohl das uti *legassit* in den XII Tafeln hin, denn die Gesetze brauchen vom Testator immer den Ausdruck legem dicit testamento. *L.* 14. *D. h. t.* *L.* 114. §. 14. *D. de legat. I.* (XXX.) Noch Justinian *Nov. XXII. cap.* 2. sagt daher: Statuat quisque de rebus suis, ut decet, et voluntas illius *lex* sit, sicut etiam nostrarum legum antiquissima, quaeque prima

religiöses Ansehen. Die Testamente in comitiis calatis, wegen der Heiligkeit der Curiatcomitien, welche wesentlich religiös-geschlechtliche Versammlungen waren [16]; die testamenta in procinctu aber wegen der religiösen Schlachtweihe der zum Streit gerüsteten Soldaten [17]. Daher wurden ohne Auspicien weder Comitien gehalten, noch Schlachten geliefert [18]. Auf solche Art standen also die Testamente mit dem ius sacrum in der genauesten, ja in so enger Verbindung, daß, wie uns Cicero [19])

fere Rempublicam Romanam constituit, *Lex* scilicet *XII. Tabularum*, juxta patriam antiquam linguam inquit, ita dicens: *uti legassit quisque de rebus suis, ita ius esto.* S. *God. Dan.* Hoffmann Observation. quaedam testamentar. Obs. I. Auch hat Schweppe in der Röm. Rechtsgeschichte §. 440. Not. 1. nicht ohne Grund bemerkt, das Wort *legare* könne damit zusammenhängen, daß das Testament ursprünglich auf einen Volksschluß beruhte, welches denn auch nachher noch immer die Folge hatte, daß der Testator Befehlsweise, legis modo, verfügen mußte. Ulpianus *Fragm. Tit. XXIV.* §. 1.

16) S. Schulze von den Volksversammlungen der Römer. 3 Abschn. 1. Kap. S. 294. ff. u. Gans Erbrecht 2. Bd. S. 52.

17) S. *Aug. Frid.* Schott Diatr. de testamento in procinctu facto (in Opusc. *Lipsiae* 1770. 8. pag. 159. sqq.) Gans 2. B. S. 48.

18) Cicero *de Divinat. Lib. II. cap.* 36. *de natura Deor.* Lib. II. cap. 3. Livius Lib. I. cap. 36. Macrobius *Saturnal.* Lib. I. cap. 12. Comitia *auspicabantur.* Man vergleiche Schulze in der angef. Schrift. 2. Abschn. 3. Kap. Nr. VI. S. 218. ff.

19) *De natura deorum.* Lib. II. Cap. 3. Itaque maximae reipublicae partes, in his bella, quibus reipublicae salus continetur, *nullis auspiciis* administrantur; nulla per-

berichtet, mit dem Untergange der Auspicien bey der Schlachtweihe auch die testamenta in procinctu aufhörten. Hieraus erklärt sich, warum man schon gleich Anfangs sagte, die testamenti factio sey *iuris publici*. Denn das ius sacrorum gehörte, wie Ulpian [20]) lehrt, zum publicum ius, und Cicero [21]) sagt in dieser Beziehung: Dico apud Pontifices, augures adsunt, *versor in medio iure publico* [22]).

§. 1403.

Testamenti factio ist iuris publici. Erläuterung der *L*. 3. *D. h. t*.

Wenn jedoch noch Papinian [23]) zu seinen Zeiten sagt: Testamenti factio non privati, sed publici iuris est; zu welchen doch die testamenta in comitiis und in procinctu längst ausser Gebrauch gekommen, und durch andere Formen verdrängt waren; so muß jener Satz wohl auch eine andere Bedeutung erhalten haben. Nachdem nämlich durch die Gesetze der XII Tafeln die Privattestamente waren bestätiget, und durch dieselben sanctionirt worden, daß dasjenige, was Jemand auf den Todesfall über sein Vermögen verfügt

omnia servantur, nulla ex acuminibus; nulli viri vocantur, *ex quo in procinctu testamenta perierunt*. S. Schott cit. Diatr. in *Opusc*. pag. 161.

20) *L*. 1. §. 2. *D. de Justit. et iure*.

21) Orat. pro domo sua ad Pontifices. Cap. XIII.

22) S. *Ed.* Henryson Commentat. in Tit. 10. Lib. II. Inst. de testam. ordinand. (in *Thes. Meerman*. Tom. III. pag. 428.)

23) *L*. 3. *D. h. t*.

hätte, wie ein Gesetz gelten sollte; (*Uti legassit suae rei, ita ius esto*) [24]) so wurden Testamente nun darum zu dem öffentlichen Recht gerechnet, weil man sie nicht als die bloße Schöpfung privater Willkühr, sondern als den Ausfluß aus einem öffentlichen Gesetz betrachtete, dessen Vorschrift daher durchaus nicht willkührlich abgeändert werden könne [25]). Der Ausdruck *ius publicum* wird also hier in der Bedeutung genommen, in welcher derselbe Papinian sagt: *Jus publicum* privatorum pactis mutari non potest, d. h. ein Recht, welches in öffentlichen Gesetzen seinen Grund hat, und auf einer durchaus gebietenden Vorschrift beruht, welche keiner Privatwillkühr unterworfen ist. Daß aber die Röm. Rechtsgelehrten die Testamentifactio wirklich aus dem Grunde zum ius publicum rechnen, weil dieselbe auf einer lex publica beruht, der durch Privatdispositionen nicht willkührlich derogirt werden darf, erhellet aus folgenden Stellen.

1) Gajus *Institut. Comment. II.* §. 104. Er spricht daselbst von der Mancipation beym testamento per aes et libram, und läßt den familiae emtor folgende Formel aussprechen: *Familiam pecuniamque tuam endo mandatam tutelam custodelamque meam recipio, eaque, quo tu iure* TESTAMENTUM *facere possis*, SECUNDUM LEGEM PUBLICAM [26]), *hoc*

24) *L.* 120. *D. de Verb. Signif.* S. Schweppe Röm. Rechtsgesch. §. 440. S. 635.

25) S. v. Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. Bd. Kap. III. S. 130. f. und Gans Erbrecht. 2. Bd. 2. Abschn. 1. Kap. S. 88. f.

26) Diese *Lex publica* ist wohl keine andere, als das Gesetz

aere, et ut quidam adiiciunt, *aeneaque libra, esto mihi empta* [27]).

2) *L.* 27. *D. de divers. regul. iuris.* Pomponius *libro XVI. ad Sabinum.* Nec ex praetorio, nec ex solemni iure privatorum conventione quicquam immutandum est, quamvis obligationum causae pactione possint immutari et ipso iure, et per pacti conventi exceptionem, quia actionum modus, vel lege, vel per Praetorem introductus, privatorum pactionibus non infirmatur, nisi tunc, cum inchoatur actio, inter eos convenit.

3) *L.* 55. *D. de legat. I.* (XXX.) Pomponius *libro IX. ad Sabinum.* Nemo potest in testamento suo cavere, ne leges in suo testamento locum habeant.

4) *L.* 13. *C. de testamentis.* (VI. 23.) Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Euriphidae. Testandi causa de pecunia sua legibus certis facultas est permissa: non autem iurisdictionis mutare formam, vel iuri publico derogare cuiquam permissum est.

Die Testamenti factio ist also in dreyfacher Hinsicht iuris publici [28]).

der XII Tafeln. S. Schwepe Röm. Rechtsgeschichte. §. 448. Not. 5. S. 649.

27) So nach der Restitution von Bluhme in der 2ten vollständigern Ausgabe des Gajus. *Berolini* 1824. 8. pag. 125.

28) Man vergleiche hier vorzüglich Galvanus de Usufructu. Cap. X. nr. II — XIV. pag. 75. sqq. (edit. *Tübing.*) Trekell de orig. et progr. testamentifactionis. §. LX. pag. 199. Dernburg Beyträge zur Geschichte der röm.

1) In Ansehung des Rechts ein Testament zu machen. Denn Niemand hat dieses Recht, als dem es die Gesetze gestatten, und welcher also die in den Gesetzen bestimmte Fähigkeit besitzt. Derjenige, welchem es gesetzlich zusteht, kann es auf keinen andern übertragen, und ihm dadurch die Testamentsfähigkeit mittheilen, welche ihm die Gesetze absprechen; das heißt, es steht nicht in der Willkühr eines Privaten, den Mangel der Testamentsfähigkeit durch seine Auctorität zu ergänzen. Dieß bringt auch die Natur öffentlicher Rechte mit sich, daß sie an die Individuen Derer gebunden sind, denen sie einmal gesetzlich zustehen, und nicht auf andere übertragen werden können [29]. Daher können z. B. Personen, die noch in väterlicher Gewalt sind, kein Testament über ihr Peculium, es sey profectitium oder adventitium, errichten, wenn es ihnen auch der Vater erlauben wollte [30]; und eben so wenig kann der Mangel einer rechtsgültigen Willens-Erklärung beym Testament eines Unmündigen durch die Auctorität des Tutors ergänzt werden [31]. Daher sagt Gajus [32], man müsse,

Testamente. S. 52. und den 1. Th. dieses Commentars §. 13. S. 90.

29) S. Chr. Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer, aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatrecht entwickelt. (Bonn 1822. 8.) §. 4. S. 18. und §. 5. S. 21. ff.

30) *Pr. J. Quib. non est permiss. fac. testam.* (II. 12.) *L.* 6. *D. h. t. L.* 25. § 1. *D. de mortis caus. donat.* (XXXIX. 6.) *L.* 11. *C. Qui testam. fac. poss.*

31) Gajus *Comm. II.* §. 113. nam masculus minor annorum XIV. testamentum facere non potest, etiamsi *tutore auctore* testamentum facere velit.

32) *L.* 4. *D. h. t.* Gajus *Instit. Comm. II.* §. 114.

wenn die Frage von der Gültigkeit eines Testaments entsteht, immer zunächst darauf sehen, an is, qui fecit testamentum, *habuerit testamenti factionem.* Die Rechtsgelehrten nennen diese Testamentsfähigkeit, testamentifactio activa; allein die Gesetze brauchen hier die Ausdrücke *habere testamentifactionem* [33]), *testamenti faciendi facultatem* [34]) oder *ius testamenti faciendi habere* [35]).

2) Die testamenti factio ist ferner iuris publici in Rücksicht des Rechts aus einem Testamente etwas zu erwerben. Justinian [36]) sagt ausdrücklich: In extraneis heredibus illud observatur, *ut sit cum eius testamenti factio*, sive ipsi heredes instituantur, sive hi, qui in potestate eorum sunt. *Testamenti* autem *factionem* non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest, sed etiam *qui ex alieno testamento vel ipse capere potest*, *vel alii adquirere*, *licet non possit facere testamentum.* Et ideo furiosus et mutus, et postumus et infans, et filiusfamilias, et servus alienus *testamenti factionem habere* dicuntur. Licet enim testamentum facere non possint, attamen ex testamento vel sibi vel alii acquirere possunt. Der juristische Sprachgebrauch nennt diese Erbfähigkeit *testamenti factio passiva.* Die Gesetze aber sagen von dem, welcher

33) §. 4. *J. de hered. qualit. et differ.* (II. 19.) *L.* 16. *D. h. t.* *L.* 18. *D. eodem.*

34) *L.* 19. *in fin. D. h. t.*

35) *L.* 1. §. 8. *D. de bonor. possess. sec. tabb.* (XXXVII. 11.)

36) §. 4. *J. de hered. qualit. et differ.* Vergleiche auch *L.* 16. *D. h. t.* und Schweppe Röm. Privatrecht. §. 786.

diese Erbfähigkeit hat, *cum eo testamenti factio est* [37]), *testamenti factionem cum testatore habet* [38]). Eine solche Testamentifaction erfordern auch die Gesetze, um zum testamentarischen Tutor ernannt zu werden [39]), so wie in der so genannten activen Testamentifaction auch das Recht liegt, einen Tutor zu ernennen [40]). Und so wird denn ebenfalls von den Testamentszeugen erfordert, ut cum iis testamenti factio sit [41]). Von allen diesen gesetzlichen Bestimmungen vermag die Willkühr des Testirers keine Aenderung zu machen, denn sie sind iuris publici.

3) Die Testamentifactio ist endlich auch iuris publici in Rücksicht der vorgeschriebenen Form der Testamente. Denn Gajus [42]) sagt ausdrücklich, zur Gültigkeit eines Testaments werde erfordert, ut is, qui fecit testamentum, non solum habuerit *testamentifactionem*, sed etiam *secundum regulas iuris civilis* testatus sit. Das Testament des Lucius Titius, welches Scävola *libro III. Responsorum* [43])

37) *L.* 49. §. 1. *D. de hered. instit.* (XXVIII. 5.) §. 7. *J. de legat.* II. 20.) *L.* 7. *D. pro legato.* (XLI. 8.)

38) Ulpianus *Fragm. Tit. XXII.* §. 1.

39) *L.* 21. *D. de testam. tut.*

40) *L.* 1. *pr. D. de testam. tut.* Ulpianus *Fragm. Tit. XI.* §. 14. *Uti legassit super pecunia* TVTELAVE *suae rei, ita ius esto. L.* 53. *pr. L.* 120. *D. de Verb. Signif.* S. Dirksen Kritik und Herstellung des Textes der XII Tafel-Fragmente. Kap. XI. Tab. V. Fr. 3. S. 329. ff.

41) §. 6. *J. de testam. ordin.*

42) *L.* 4. *D. h. t.* S. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h t. Nr. X. not. o. pag. 172. und von Savigny Geschichte des Röm. Rechts im Mittelalter. 1. Bd. S. 130.

43) *L.* 88. §. 17. *D. de legat. II.* (XXXI.)

mit den Worten anführt: *L. T. hoc meum testamentum scripsi sine ullo iurisperito, rationem animi mei potius secutus, quam nimiam et miseram diligentiam. Et si minus aliquid legitime minusve perite fecero, pro iure legitimo haberi debet hominis sani voluntas;* deinde heredes instituit, konnte daher, wegen der beygefügten Codicillar-Clausel, nur als ein Intestat-Codicill den eingesetzten Erben zu statten kommen [44].

§. 1404.

Active Testamentifaction. Wer kann testiren?

In der Lehre von Testamenten kommen nun vorzüglich drey Hauptgegenstände in Betrachtung, 1) die Fähigkeit zum Testiren. 2) Die äussere Form der Testamente, und 3) der Inhalt, welchen man die innere Form der Testamente nennt. So viel nun

I. die Fähigkeit ein Testament zu errichten betrifft; so ist es, wie Justinian in seinen Institutionen [45]) sagt, nicht Jedem erlaubt, ein Testament zu machen, sondern Wer gültig testiren will, muß diejenigen Eigenschaften im Augenblick des Testirens besitzen, welche die Gesetze zur Testamentsfähigkeit erfordern [46]).

44) S. *Scip.* Gentilis Origin. ad Pand. lib. sing. voc. *Testamentum* (in *Thes. iur. Rom. Otton.* Tom. IV. pag. 1389.) *Jo. Henr.* Berger Resolution. Legg. obstant. Lib. XXVIII. Tit. 3. et 4. Quaest. I. pag. 602. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXXI. P. I. Nr. XXXI. pag. 275.

45) *Pr. J. Quib. non est permiss. facere testam.* (II. 12.)

46) Andere geben die Regel: Ein Jeder kann ein Testament machen, dem es die Gesetze nicht verbieten. S. *Franc.*

Er muß also 1) die natürliche Fähigkeit haben, welche erfordert wird, um seinen Willen vernünftig, deutlich und bestimmt erklären zu können. Dazu gehört a) Gebrauch der Vernunft. b) Nöthige Einsicht und Beurtheilung. c) Willensfreyheit, und d) Vorhandenseyn der zur verständlichen Erklärung des Willens erforderlichen Organe. Er muß 2) den zur Errichtung eines Testaments gesetzlich bestimmten bürgerlichen Zustand besitzen, ja denselben nicht nur wirklich haben, sondern er muß auch 3) wissen, daß er ihn besitzt. Nam qui incertus de statu suo est, sagt Paulus *libro II. Regularum* [47]), certam legem testamento dicere non potest; und Ulpian *lib. XII. ad Edictum* [48]) bestärkt dieses noch durch ein Rescript des Kaisers Pius, wenn er sagt: De statu suo dubitantes, vel errantes testamentum facere non possunt, ut divus Pius rescripsit. Nur bey Soldaten wird es so streng nicht genommen. Si miles incertus, sagt Ulpian *libro XLV. ad Edictum* [49]), an sui iuris sit, testamentum fecerit, in ea conditione est testamentum eius, ut

Duarenus in hunc Tit. *Opp.* pag. 314. Donellus Comment. de iure civ. Lib. VI. Cap. 5. §. 1. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 464. und von Hartitzsch Erbrecht. § 12. Sie handeln daher blos von denen, welche nicht testiren können. Man sehe dagegen Konopak Institutionen des Röm. Privatrechts. §. 340. (der 2. Ausg. Jena 1824.)

47) *L.* 14. *D. h. t.* Ulpian. *Fragm. Tit.* XX. §. 11.

48) *L.* 15. *D. eod.*

49) *L.* 11. §. 1. *D. de testam. militis.* (XXIX. 1.) *L.* 9. *D. de iure codicill.* (XXIX. 7.)

valeat: nam et si incertus, an pater eius vivat, testamentum fecerit, testamentum eius valebit. Der Testator muß aber auch 4) diesen Zustand noch zur Zeit seines Todes besitzen, wenn das Testament nach seinem Tode gelten soll. Andere nachher eingetretene, besonders physische Hindernisse ein Testament zu machen, schaden nichts. So ist zu erklären, wenn die Gesetze sagen, es komme bey Beurtheilung der Testamentsfähigkeit sowohl auf die Zeit des Testirens, als auf die des Todes des Testirers an, und daß dennoch der Verlust derselben das Testament nicht immer ungültig mache. Ulpian *libro XXXIX. ad Edictum* [50]) hat sich darüber am vollständigsten geäussert, wenn er sagt:

Exigit Praetor, ut is, cuius bonorum possessio datur, *utroque tempore* ius testamenti faciendi habuerit, et *cum facit testamentum*, et *cum moritur*. Proinde si impubes, vel furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt, testamentum fecerit, deinde habens testamentifactionem decesserit: peti bonorum possessio non poterit. Sed et si filiusfamilias, putans se patremfamilias, testamentum fecerit, deinde mortis tempore paterfamilias inveniatur: non potest bonorum possessio secundum tabulas peti. — Sed si quis utroque tempore testamenti factionem habuerit, medio tempore non habuerit: bonorum possessio secundum tabulas peti poterit. §. 9. Si quis autem testamentum fecerit, deinde amiserit testamenti factionem, vel furore, vel quod ei bonis interdictum est:

50) *L. 1. §. 8. D. de bonor. possession. secundum tabulas.* (XXXVII. 11.)

potest eius peti bonorum possessio, quia iure testamentum eius valet: et hoc generaliter de omnibus huiusmodi dicitur, qui amittant mortis tempore testamenti factionem: sed ante factum eorum testamentum valet.

Nur die durch capitis deminutio nachher verlorne testamenti factio macht das testamentum irritum [51].

Wer gültig testiren will, muß auch endlich 5) nicht durch die Gesetze für intestabilis erklärt seyn, d. h. er muß sich des Rechts zu testiren, nicht etwa durch ein begangenes Verbrechen, welches diesen Verlust nach sich zieht, unwürdig gemacht haben. Si quis ob carmen famosum damnetur, sagt zum Beyspiel Ulpian *libro I. ad Sabinum* [52], Senatusconsulto expressum est, *ut intestabilis sit;* ergo nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi. Ulpian lehrt uns hier zugleich, daß ein intestabilis auch nicht Zeuge bey einem Testamente seyn könne, und nur in dieser Beziehung gedenken die Institutionen [53] der intestabiles, wenn sie sagen: neque ii, *quos leges iubent improbos intestabilesque esse*, possunt in numero testium adhiberi. Die Worte *improbus intestabilisque* kamen auch in dem schon oben (S. 318.) angeführten Gesetz der XII Tafeln: *Qui se sierit testarier* etc. vor, wo das Wort *intestabilis* in seiner ursprünglichen Bedeutung genommen

51) §. 4. *J. Quib. mod. testam. infirm.* (II. 17.) *L.* 8. §. 1 — 4. *D. h. t. L.* 6. §. 5. 6. *et* 7. *D. de iniusto, rupto, irrito testam.* (XXVIII. 3.) S. Konopak Institutionen. §. 341.

52) *L.* 18. §. 1. *D. h. t.*

53) § 6. *J. de testam. ordin.*

wird, und einen solchen bezeichnen soll, welcher zur Strafe unfähig ist, als Solennitätszeuge zu einem Rechtsgeschäft zugezogen zu werden [54]. Denn mit dieser sehr natürlichen Strafe belegten die XII Tafeln denjenigen, welcher zum Act einer Mancipation, als testis oder libripens, zugezogen worden, und nachher Zeugniß versagt, dieser sollte also unfähig seyn, bey solennen Handlungen aufs neue als Zeuge gebraucht zu werden. Im Gegensatz braucht denn Gellius [55]) den Ausdruck *testabilis* von dem, welchem ein solches ius testimonii dicendi zusteht. Noch Gajus [56]) setzt daher das Wesen des intestabilis darin, daß derselbe, und zwar vorzüglich hier, wo von Testamenten die Rede ist, nicht zum Zeugen gebraucht werden könne. Er sagt nämlich *libro XXII. ad Edictum provinciale:*

Cum lege quis *intestabilis* iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur.

Da Gajus *Lib. XXII. ad Edictum provinciale* von Injurien handelte, wie aus der Vergleichung mit *L.* 12. und *L.* 19. *D. de iniur*, (XLVII. 10.) erhellet, die aus demselben Buche des Gajus genommen sind; so bezieht sich diese Stelle des Gajus aller Wahr-

54) S. *Bernh. Henr.* Reinoldus Varior. Cap. VI. (in *Opuscul. a* Juglero *editt.* pag. 75. sqq.) und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. B. §. 128.

55) *Noct. Attic.* Lib. VI. Cap. 7.

56) *L.* 26. *D. h. t.* In dieser Bedeutung sagt auch Arcadius Charisius *L.* 21. *pr. D. de testib.* Ob carmen famosum damnatus *intestabilis* fit. Man verbinde damit die *L.* 5. §. 9. *D. de iniur.* und vergl. *Christ.* Rau Diss. de *Aurelio Arcadio Charisio* vetere ICto. *Lipsiae* 1773. Cap. IV. pag. 25.

scheinlichkeit auch auf einen solchen intestabilis, qui ob carmen famosum damnatus est 57). In der Folge erhielt aber das Wort intestabilis durch Interpretation eine ausgedehntere Bedeutung. Man knüpfte nämlich an die passive Unfähigkeit, zum Zeugniß zugezogen zu werden, die active Unfähigkeit, selbst, nämlich Andere für sich als Zeugen zuzuziehen. Gajus hat dieses in der angeführten Stelle selbst bemerkt, wenn er gleich unmittelbar nachher sagt:

et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium.

Es kann dabey auch wohl nur, so wie bey der Unfähigkeit Zeuge zu seyn, an ein solennes Zeugniß gedacht werden 58).

Und so war denn der Schluß sehr natürlich, daß Jemand, der zur Strafe weder selbst Zeuge bey einem Testament seyn, noch Andere mit rechtlicher Wirkung zu einem Zeugniß auffordern kann, auch selbst kein Testament errichten dürfe 59). Indem daher Ulpian in der oben aus dessen *libro I. ad Sabinum* 60) entlehnten Stelle von dem, cui lege bonis interdictum est, sagt, er könne nicht testiren, fügt er unmittelbar hinzu:

merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi poterit, quum neque testamenti factionem habeat.

Nach der griechischen Paraphrase des Theophi-

57) S. Reinold. Varior. Cap. 6. (in *Opusc.* pag. 81.)

58) S. Zimmern a. a. O. §. 128. S. 460. Not. 8 und 9.

59) Man vergleiche hier vorzüglich Marezoll über die bürgerliche Ehre. 3. Abschn. §. 2. S. 85 ff.

60) *L.* 18. *pr. D. h. t.*

lus [61]) scheint man aber zuletzt noch weiter gegangen zu seyn, indem man den intestabilis auch noch die Fähigkeit, aus einem Testament Etwas zu erwerben, absprach. Theophilus, sich ganz im Geist des oben gedachten Gesetzes der XII Tafeln: *Qui se sierit testarier*, den Fall denkend, daß ein Zeuge, der bey einem Testament war hinzugezogen worden, auch das Testament unterschrieben und besiegelt hat, sich aber nach des Testirers Tode weigert zu bezeugen, daß Unterschrift und Siegel von ihm wären, und nun die Sanction des Gesetzes: *improbus intestabilisque esto*, erklären will, sagt nämlich:

μισοῦσι τὸν τοιοῦτον οἱ νόμοι, καὶ οὐκ ἐῶσιν αὐτὸν λαβεῖν τι ἐξ ἀλλοτρίας διαθήκης· οὐδὲ διδόασιν αὐτῷ τοῦ διατίθεσθαι παῤῥησίαν, οὐδὲ συγχωροῦσιν αὐτῷ μαρτυρεῖν ἑτέρου διατιθεμένου. i. e. *Oderunt hunc leges, neque permittunt eum quid capere ex alieno testamento: neque dant ei testandi licentiam, neque concedunt ei testem esse, alio testamentum condente.*

In den Gesetzen unsers justinianeischen Rechts findet sich jedoch von der hier erwähnten Wirkung der Erbunfähigkeit des intestabilis Nichts, vermuthlich beruht sie aufdem Schlusse, daß wer zur Strafe selbst weder bey Testamenten Zeuge seyn, noch selbst ein Testament machen kann, auch unfähig sey, aus Testamenten Anderer etwas zu erwerben. Es ist überhaupt noch die Frage, ob in dem Falle, den Theophilus aus den XII Tafeln anführt, die angegebenen Strafen der Intestabilität

61) Lib. II. Tit. 10. §. 6. (Tom. I. pag. 338. edit. *Reitz.*)

auch nach dem Justin. Recht noch Statt finden können. Denn sie beruhen blos auf dem Zeugniß des Theophilus, welches Hugo Donellus[62]) nicht ohne Grund verwirft. Soviel ist gewiß, die von den XII Tafeln in dem bemerkten Falle gedrohete Strafe der Intestabilität kommt in dem ganzen Justin. Gesetzbuche nirgends mehr vor, sie ist also ohne Zweifel ausser Gebrauch gekommen. Es erhellet dieses besonders daraus nicht undeutlich, daß Ulpian *libro LXVIII. ad Edictum*[63]) von solchen Testamentszeugen, welche sich weigern ihre Siegel zu recognosciren, sagt, sie seyen vom Prätor, vermuthlich durch die gewöhnlichen Zwangsmittel der Auspfändung oder Geldstrafe, zu nöthigen. Davon jedoch zu seiner Zeit ein Mehreres.

§. 1404. a.

Wer kann nicht testiren?

Nach diesen Prämissen sind nun also zum Testiren unfähig,

I) diejenigen, denen es zur Zeit des Testirens an freyem Selbstbewustseyn, und Gebrauche der Vernunft fehlt. Dahin gehören

1) Wahnsinnige, furiosi. Sie haben zwar, wie Marcellus zum Pomponius[64]) bemerkt, eine Testamentifaction, aber nur eine passive, sie selbst kön-

62) Comment. iur. civ. Lib. VI. cap. 5. §. 12. in fin. (Vol. III. pag. 307. edit. noviss. *Norimberg*. 1807. 8.)

63) *L*. 3. §. 9. *D. de tabb. exhib.* (XLIII. 5.) S. Reinold c. l. pag. 80. sq.

64) *L*. 16. §. 1. *D. h. t.*

nen nicht testiren, *quia mente carent*, wie Justinian in seinen Institutionen [65]) sagt. Dieser Grund scheint jedoch nicht richtig ausgedrückt zu seyn, es hätte heißen sollen, weil sie nicht *sanae* mentis sind, sie haben den Gebrauch ihres Verstandes nicht. Darum haben sie durchaus keine rechtliche Handlungsfähigkeit. Julian sagt *libro XXXVII. Digestorum* [66]):

Furiosus non intelligitur codicillos facere, *quia nec aliud quicquam agere intelligitur*, cum per omnia, et in omnibus, absentis vel quiescentis loco habeatur.

Da der Wille immer Freyheit des Geistes und also den Gebrauch des Verstandes voraussetzt; so ist gewiß der Grund, den Pomponius *libro XXXIV. ad Sabinum* [67]) anführt, nämlich furiosi nulla voluntas est, der treffendste. Es kommt übrigens in ärztlich-psychologischer Hinsicht sehr viel auf die Art des Wahnsinns an, ob er blos partiell ist, und sich auf eine fixe Idee, auf einen fixen Wahn beschränkt, dieser kann mit übrigens ungestörter Verstandeskraft, und selbst mit Schärfe des Urtheils verbunden seyn, denn er hat meistens nur seinen Grund in einer Ueberspannung der Einbildungskraft; oder ob die Verstandesverwirrung allgemein und herumirrend ist; ferner ob der Wahnsinn anhaltend, oder aussetzend ist. Denn beym letztern treten freye oder helle Zwischenzeiten (dilucida intervalla) ein, wo der Wahnsinnige wieder bey vollkommenem Verstande ist [68]). So wie nun Handlungen, welche

65) §. 1. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.*

66) *L.* 2. §. 3. *D. de iure codicill.* (XXIX. 7.)

67) *L.* 40. *D. de Regg. iuris.*

68) S. Henke Lehrbuch der gerichtlichen Medicin. §. 253 — 262.

in solchen Zwischenzeiten vorgenommen sind, rechtliche Wirkungen haben [69]), so gilt auch unstreitig das Testament, welches von einem Wahnsinnigen während eines lichten Zeitraums errichtet worden ist, wenn nämlich derselbe so lange gedauert hat, bis die Testamentshandlung vollendet war. Hierher gehört die Entscheidung des Kaisers Justinian in der *L.* 9. *Cod. qui testam. facere poss.* (VI. 22.) vom J. 530, welche an den P. P. Julianus gerichtet, folgenden Inhalts ist [70]):

Furiosum *in suis induciis* ultimum condere elogium posse, licet ab antiquis dubitabatur, tamen et retro principibus et nobis placuit. Nunc autem hoc decidendum est, quod simili modo antiquos animos movit, si coepto testamento furor eum invasit. Sancimus itaque, tale testamentum hominis, qui in ipso actu testamenti adversa valetudine tentus est, pro nihilo esse. Si vero voluerit *in dilucidis intervallis* aliquod condere testamentum, vel ultimam voluntatem, et hoc sana mente incoeperit facere, et consummaverit, nullo tali morbo interveniente, stare testamentum sive quamcunque ultimam voluntatem censemus: si et alia omnia accesserint, quae in huiusmodi actionibus legitima observatio requirit.

69) S. von Berg von lichten Augenblicken bey Geisteskranken; in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen 3. Th. Nr. XXII. S. 243. ff. Henke angef. Lehrbuch. §. 265. und Masius System der gerichtl. Arzneykunde. §. 307.

70) Man vergleiche über diese Decision *Em.* Merillii Exposition. in L. Decision. Justin. Nr. XII. (*Oper.* P. II. pag. 29. sq.) und Westphals Theorie des R. R. von Testamenten. §. 35.

Das von dem furiosus in der Zeit seines freyen und vollkommenen Bewußtseyns errichtete Testament bleibt auch gültig, wenn gleich die bis dahin ausgesetzte Raserey nachher wieder eintritt, so wie das vor der Raserey gemachte Testament, wie Justinian in seinen Institutionen [71]) sagt:

Furiosi autem si per id tempus fecerint testamentum, quo furor eorum intermissus est, iure testati esse videntur, certe eo, quod ante furorem fecerint, testamento valente. Nam neque testamenta recte facta, neque ullum aliud negotium recte gestum, postea furor interveniens perimit.

Es wird also bey der Beurtheilung der Gültigkeit des Testaments eines Rasenden oder Wahnsinnigen blos auf die Zeit der Errichtung gesehen, wie Labeo *libro I. Posteriorum a Javoleno epitomatorum* [72]) ausdrücklich sagt:

In eo, qui testatur, *eius temporis, quo testamentum facit*, integritas mentis, non corporis sanitas exigenda est.

Uebrigens versteht sich's, daß bey einem Wahnsinnigen der Beweis, daß er während eines lichten Zwischenraums testirt habe, im Zweifel immer demjenigen obliege, der dieses behauptet [73]).

Stumpfsinn (mentis imbecillitas) und Blöd-

71) §. 1. *in fin. J. Quib. non est perm. facere testam.* Vergl. auch *L.* 20. §. 4. *D. h. t.*

72) *L.* 2. *D. h. t.*

73) S. Staudner Diss. iuris Germ. de testamentis dementium infirmis. §. 14 — §. 17. Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Specim. CCCXLVII. medit. 3. 4. et 5. und von Berg a. a. O. §. 12. S. 256.

sinn (amentia, fatuitas) werden hier dem Wahnsinn gleichgeachtet, weil sie das Selbstbewußtseyn, folglich Vernunft und Freyheit stören oder vernichten [74]). Da es jedoch hier blos auf Thatsachen ankommt, so ist freylich das Meiste der ärztlichen und richterlichen Beurtheilung zu überlassen [75]). Dasselbe gilt auch von der Melancholie, die zwar öfters in einen Wahnsinn übergeht, doch ehe sie diesen Grad erreicht, an sich das Selbstbewußtseyn und die Beurtheilungskraft nicht aufhebt [76]). Einfalt und Dummheit (Stupiditas, simplicitas) gehört aber nicht hierher, denn diese kann auf keine Weise als wahre Geisteszerrüttung gelten, weil sie die Freyheit der Selbstbestimmung nicht aufhebt [77]). Sie hindert also auch die Testamentsfähigkeit nicht [78]). Den Wahnsinnigen werden gleichgeachtet

2) körperlich Kranke, nämlich wenn die Krankheit des Körpers von der Art ist, daß sie auch die Frey-

74) *L.* 2. *D. de postulando. L.* 19. *in fin. L.* 21. *D. de reb. auct. iud. possid.* (XLII. 5.) S. Henke im angef. Lehrb. §. 247.

75) S. *Christph. Guil.* Staudner Diss. de testamentis dementium infirmis. (*Altdorf.* 1758.) § IV — VI.

76) S. *Mich.* Alberti D. de melancholia. *Halae* 1743. *Sam.* Stryk Diss. de dementia et melancholia. *Frfti ad Viad.* 1672. Staudner Diss. cit. §. V. und Jo. Dan. Metzger's gerichtl. Arzneiwissenschaft. §. 411. (der 3ten Ausgabe. Königsberg und Leipzig 1805.)

77) S. Henke Lehrb. der gerichtl. Medicin §. 247. und §. 248. (der 2. Ausgabe. Berlin 1819)

78) *Sam* Stryk Tr. de cautel. testamentor. Cap. III. §. 25. *de* Wernher Select. Observat. for. Tom. I. P. I. Observ. 174. Hofacker Princ. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1252. not. b. und v. Hartitzsch Erbrecht. §. 14. a. E.

heit des Geistes und das Selbstbewußtseyn stört. Die Aerzte nennen diesen Krankheitszustand den febrilischen Wahnsinn, welcher eben dieselben rechtlichen Folgen hat, wie der chronische, oder der lang anhaltende [79]). Dieß bestätigt auch der Ausspruch des Paulus *libro III. Sententiarum* [80]):

In adversa corporis valetudine *mente captus*, eo tempore testamentum facere non potest.

Eine Krankheit also, die auf den Willen von keinem Einfluß ist, kann auch die Testamentsfähigkeit nicht hindern [81]). Daß eine solche Krankheit kein Testamentshinderniß sey, sagt nicht nur Paulus in der bereits angeführten Stelle [82]) ausdrücklich, sondern eben so haben auch die Kaiser Diocletian und Maximian rescribirt.

L. 3. *C. Qui testam. facere poss.* Senium quidem aetatis, vel aegritudinem corporis, sinceri-

79) S. Metzger's System der gerichtl. Arzneywissenschaft. §. 410. und Henke Lehrb. der gerichtl. Medizin. §. 255.

80) *L.* 17. *D. h. t.*

81) Nach dem ältern deutschen Rechte galten zwar keine Testamente, die auf dem Siechbette waren gemacht worden; der Testator mußte vielmehr Proben physischer und geistiger Kraft ablegen, ehe er testiren konnte. Die Testamente mußten entweder ungehabt und ungestabt unterm freyen Himmel oder vor Gericht errichtet werden. Allein durch Einführung des Röm. Rechts ward dieses alte deutsche Recht verdrängt. S. *Jo. Ad.* Kopp Specim. iuris Germ. privati de testamentis Germanorum iudicialibus et sub dio conditis, vulgo ungehabt und ungestabt. *Francof. ad Moen.* 1736. 4. §. 10 et 11. und Mittermaier's Grunds. des gemeinen deutschen Privatrechts. §. 407.

82) *L.* 17. *D. h. t.* verb. mit *L.* 2. *eod.*

tatem mentis tenentibus testamenti factionem certum est non auferre.

Daher kann nach gemeinen Rechten auch ein Sterbender noch mit stammelnder Stimme seinen letzten Willen erklären, wenn er nur noch bey Verstande und Bewußtseyn ist, und seinen Willen auf eine verständliche Art aussprechen kann [83]. Man vermuthet sogar aus besonderer Begünstigung der Testamente im zweifelhaften Falle, daß ein Sterbender noch bey vollem Verstande sey, so lange nicht das Gegentheil erwiesen ist, wie Hellfeld a. E. des §. 1404. selbst bemerkt hat [84].

3) Höchst Betrunkene [85]. Diese werden in den Gesetzen den Verstandlosen gleichgeachtet [86]. Ob

83) *L.* 15. *C. de testam.* (VI. 23.) S. *Sam.* Stryk (oder *Christ.* Wildvogel) Diss. de effatis agonizantium. (*Francof. ad Viadr.* 1666.) Cap. I. §. 9. *Sam.* Stryk Diss. de testamentis corpore vitiatorum. (*Halae* 1702.) §. 36. Staudner Diss. cit. de testament. dementium infirmis. §. 10. Geigers und Glücks Rechtsfälle. 3. Band. Nr. XLII. §. 6. S. 182. f.

84) Arg. *L.* 39. §. 1. *D. de legat. III.* Stryk Diss. cit. de effat. agonizantium. Cap. I. § 8. *Christ. Lud.* Crell Observationes de probatione sanae mentis. (*Vitemb.* 1737.) Obs. V. *de* Reiche Commentat. ad h. Tit. Pand. § 5. Man vergl. noch besonders Henke's Lehrb. der gerichtl. Medicin. §. 256. Not. **) und Masius Syst. der gerichtl. Arzneykunde. §. 298. Not. b.

85) Staudner Diss. cit. §. VII. von Hartitzsch Erbrecht. §. 15.

86) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 288. S. 56. Man vergleiche auch Henke Lehrb. der gerichtl. Medicin. §. 282. und Ge. Heinr. Masius System der gerichtl. Arzneykunde. §. 304.

auch die im höchsten Grade Zornigen hierher zu rechnen sind, ist streitig. Einige [87]) meinen, es sey ihnen die Fähigkeit zum Testiren nicht abzusprechen. Andere [88]) hingegen halten das im Zorn errichtete Testament für ungültig, wenn dargethan werden kann, daß der Testirer zur Zeit der Errichtung des Testaments in einer solchen Gemüthsbewegung sich befunden habe, daß er einen freyen und überlegten Entschluß zu fassen nicht fähig gewesen sey, es werde jedoch, eben so wie das im Zustande der höchsten Trunkenheit gemachte Testament, durch eine später hinzukommende, im freyen Zustande geschehene Genehmigung, gültig. Nach einer dritten Meinung [89]) aber soll die nachfolgende Geneh-

87) *Frid. Wilh.* Dannreuther Diss. de testamento irati valido, praes. *Ge. Frid.* Deinlino def. *Altdorfi* 1747. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. I. §. 4. Ernst Christ. Westphal's Grunds. von rechtlicher Beurtheilung der aus Hitze des Zorns unternommenen erlaubten und unerlaubten Handlungen. (Halle 1784.) Kap. I. §. 6. ff. besonders §. 43. *Lud. God.* Madihn Princip. iur. Rom. de Successionib. §. 99. in fin. und von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. V. Buch §. 442.

88) Leyser Meditat. ad Pand. Vol. V. Spec. CCCLII. medit. 3. et 4. Günth. Heinr. von Berg über ein im Zorn errichtetes Testament, in Desselben jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 1. Th. Nr. IX. S. 187—202. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 797. Hufeland Lehrb. des gemein. oder subsidiar. Civilrechts. 2. Band. §. 1084. not. d. Zimmern Grundriß des Erbrechts. Anh. I. S. 54. und von Hartitzsch Erbrecht. §. 15. S. 16.

89) S. *Sam.* Stryk Tr. de cautel. testamentor. Cap. III. §. 32. *Mich. God.* Wernher lectiss. Commentat. in

migung den Mangel der Gültigkeit zu ergänzen, nicht vermögen. Es kommt, wie mich dünkt, hier auf zwey Fragen an; 1) ist ein in der Hitze des Zorns errichtetes Testament an sich ungültig? und 2) erhält solches durch die nachher bey beruhigtem Gemüthe erfolgte Genehmigung allein seine Gültigkeit? Soviel die erste Frage anlangt, so sind freylich die meisten Rechtsgelehrten [90]) der Meinung, daß ein solches Testament ungültig sey, und diese Meinung scheint auch die allgemeine Regel zu begünstigen, welche Paulus *libro XXXV. ad Edictum* [91]) giebt: Quicquid *in calore iracundiae* vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse. Nun kann die Leidenschaft allerdings einen solchen Grad erreichen, daß Bewußtseyn und Freyheit zu handeln aufhört [92]). Ob aber ein solcher Grad in dem Falle anzunehmen sey, da ein Testament im Zorne gemacht worden ist, läßt sich nicht ohne Grund bezweifeln. Denn die Errichtung eines Testaments setzt ja Entschluß

Pand. P. II. h. t. §. 4. pag. 538. sqq. Staudner Diss. cit. §. VIII. *Jo. Ern. Just.* Müller Observation. pract. ad *Leyserum* Tom. III. Fasc. II. Obs. 620. *Car. Jul. Meno* Valett Lehrb. des pract. Pandectenrechts. 3. Bd. §. 959.

90) Voet Comment. ad Pand. h. t. §. 35. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. h. t. §. XVII. Hofacker Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1252. in fin. Malblanc Princ. iur. Rom. P. III. §. 688. pag. 826.

91) *L. 48. D. de div. Regg. iuris.*

92) S. Henke angef. Lehrbuch §. 283. und 284. und Kleinschrods syst. Entwickelung der Grundbegriffe und Grundwahrh. des peinl. Rechts. 1. Th. § 120. und 127.

und Ausführung voraus, und diese läßt sich ohne Vorbereitung dessen, was zur Beobachtung der gesetzlichen Form gehört, nicht denken, das Testament mag nun gerichtlich oder aussergerichtlich gemacht werden, denn ohne diese Form würde ja das Testament ohnehin nicht gelten. Alle diese Umstände zeugen aber unwidersprechlich von Bewußtseyn, Willkühr und Selbstthätigkeit. Erwägt man nun, daß der Zorn ein vorübergehender Zustand ist, der auch bey dem heftigsten Anfall doch gewöhnlich nur von kurzer Dauer ist, wie das bekannte Sprüchwort zu erkennen giebt: Ira furor brevis est; so wäre es doch wirklich seltsam, wenn sich über die zur Realisirung der Handlung nöthige Vorbereitung nicht der Zorn unterdessen gelegt, und sich das Gemüth beruhigt haben sollte. Wird nun doch das Testament noch errichtet, so ist gerade diese Beharrlichkeit ein Beweis, judicium animi fuisse, wie Paulus sagt. Daß hier der Entschluß im Zorn gefaßt ward, schadet nichts, genug wenn die Ausführung geschahe, nachdem die Ruhe des Gemüths wieder eingetreten war. Denn die Gültigkeit des Testaments ist blos nach dem Zeitpunct zu beurtheilen, da die Handlung des Testirens vorgenommen wurde [93]. Gesetzt nun aber, es ließe sich der Fall wirklich gedenken, daß auch diese Handlung in einem solchen Grade des Zorns wäre realisirt worden, welcher keine Freyheit und Gewißheit des Willens, die doch das erste und wesentlichste Erforderniß eines jeden Testaments ist, anzunehmen erlaubt; so wäre denn eine wirkliche Geistesverwirrung vorhanden, und ein solcher Zorniger eben so, wie ein höchst Betrunkener, einem Rasenden gleich zu achten. Hier nur könnte dann die oben auf-

93) *L. 2. D. h. t.*

geworfene andere Frage entstehen, nämlich ob ein in solchem Zorne errichtetes Testament durch nachher erfolgte Genehmigung Gültigkeit erhalte? Dieß behaupten nun freylich viele Rechtsgelehrten wegen der oben angeführten *L.* 48. *D. de Regg. iuris.* Sie meinen, dieses Gesetz enthalte eine allgemeine Rechtsregel, und müsse ganz vorzüglich bey Testamenten gelten, wo der Verstorbene über die Gewißheit seines Willens nicht mehr befragt werden könne. Es müsse aber freylich, wenn das im Zorn errichtete Testament rechtliche Gültigkeit erhalten soll, eine wahre, unzweydeutige Beharrlichkeit dargethan werden können, und diese setze Zweyerley voraus, 1) daß der Testirer bey völlig beruhigtem Gemüthe von dem, was er in der Hitze des Zorns gethan, genaue Kenntniß gehabt habe, 2) daß der Testirer bey kaltem Blute durch Worte oder passende Handlungen zu erkennen gebe, er wolle es bey seiner in der Hitze des Zorns gethanen Willenserklärung bewenden lassen. Nun erst könne man sagen: ratum esse testamentum, quia perseverantia apparuit, iudicium animi fuisse [94]). Allein ich glaube, daß hier jene Rechtsregel, welche, wie das angeführte Beyspiel, *ideoque brevi reversa uxor nec divertisse videtur*, und die *L.* 3. *D. de divortiis* beweist, nur auf Handlungen unter den Lebenden geht, durchaus nicht anwendbar sey, weil bey den Testamenten eine ganz andere Regel eintritt, welche wir durch Javolenus *libro X. Epistolarum* [95]) auf folgende Art ausgesprochen finden:

94) S. von Berg angef. Abhandl. in den jurist. Beobachtungen und Rechtsfällen. 1. Th. Nr. IX. §. 14. S. 200 ff.

95) *L.* 201. *D. de Regg. iuris.*

Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, *si initium quoque sine vitio ceperint.*

Es liegt in der That schon in der Natur der Sache, daß wenn ein Testament gleich Anfangs ungültig errichtet worden, weil der Testirer zur Zeit der Testamentserrichtung dazu unfähig war, in rechtlicher Hinsicht gar kein Testament existire, ja niemals ein Testament da gewesen sey. Existirte nun aber, wegen dieser Unfähigkeit des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung, gar kein Testament, so kann ja auch ein späteres Fähigwerden desselben diesem Mangel nicht weiter abhelfen, da er die Existenz des Rechtsgeschäfts vorher durchaus verhindert hatte. Was kann also hier Beharrlichkeit des Willens, was kann nachher die im freyen Gemüthszustande erfolgte Genehmigung bey einer Handlung wirken, die rechtlich gar nicht existirt? Schon hieraus ergiebt sich die Nothwendigkeit der Catonianischen Regel (XXXIV. 7.) bey Testamenten, da sie aus der Natur der Sache selbst hervorgeht [96]. Es muß also, derselben gemäß, das ganze Rechtsgeschäft noch einmal vorgenommen werden, weil es, wegen des Mangels in der Person des Testirers, bisher auch, seinem Wesen nach, nicht als existent betrachtet werden konnte. Aus diesem Grunde wird auch das Testament eines furiosi dadurch nicht gültig, daß er nachher den Gebrauch seines Verstandes wieder erhalten hat [97]. Nun werden ja aber die im höchsten Grade

96) Man vergl. vorzüglich Carl Jul. Guyet Abhandlungen aus dem Gebiete des Civilrechts. (Heidelberg 1829. 8.) 5te Abhandl. S. 108—112.

97) §. 1. *J. Quib. non est permiss. facere testam.* (II. 12.)

Zornigen, so wie die höchst Betrunkenen, in diesem Zustande den furiosis gleichgestellt. Und bey diesen sollte also der Ausspruch des Labeo [98]): In eo, qui testatur, *eius temporis, quo testamentum facit*, integritas mentis exigenda est, eine Ausnahme leiden?

§. 1404. b.

Fortsetzung von Testamentsunfähigen. Taube und Stumme.

Unfähig zum Testiren sind ferner

4) Taubstumm Geborne [99]). Es gehört hierher die merkwürdige Constitution des Kaisers Justinian an den Praef. Praetor. Johannes vom J. 531 post Consulatum *Lampadii* et *Orestis*. Sie lautet folgendermassen:

Discretis [100]) surdo et muto, quia non semper

L. 1. §. 8. *D. de bonor. poss. secundum tabb.* (XXXVII. 11.)

98) *L.* 2. *D. h. t.*

99) Man vergl. *Jo. Flor.* Rivini Diss. de testamento surdi et muti natura talis valido. *Lipsiae* 1740. *Greg.* Majansii Disp. de surdorum et mutorum testamenti factione, in Ejus *Disputation. iuris* Tom. I. (*Lugd. Batavor.* 1752. 4.) Nr. XXX. pag. 448—460. Gensler das Testament einer taubgebornen und sprachlosen Person, im Archiv für die civilist. Praxis, herausgegeben von Gensler, Mittermaier und Schweitzer 3. Bd. XXII. S. 345—374. Fried. von Bülow und Theod. Hagemann's pract. Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit. 2. Bd. Erört. IX. S. 137—146. und *Remb. Tob.* Guyot Diss. de iure surdo-mutorum. *Groeningae* 1824. Cap. II.

100) Statt discretis, ist vielleicht de discretis, wegen sancimus zu lesen.

huiusmodi vitia sibi concurrunt, sancimus, si quis utroque morbo simul laboret, id est, ut neque audire, neque loqui possit, et hoc ex ipsa natura habeat: neque testamentum facere, neque codicillos, neque fideicommissum relinquere, neque mortis causa donationem celebrare concedatur, nec libertatem sive vindicta sive alio modo imponere: eidem legi tam masculos quam feminas obedire imperantes. Ubi autem et huiusmodi vitii non naturalis sive masculo sive feminae accidit calamitas, sed morbus postea superveniens et vocem abstulit, et aures conclusit: si ponamus huiusmodi personam litteras scientem, omnia quae priori interdiximus, haec ei sua manu scribenti permittimus. Sin autem infortunium discretum est, quod ita raro contingit: et surdis, licet naturaliter huiusmodi sensus variatus est, tamen omnia facere et in testamentis et in codicillis, et in mortis causa donationibus, et in libertatibus, et in omnibus aliis permittimus. Si enim vox articulata ei a natura concessa est, nihil prohibet eum omnia, quae voluerit facere: quia scimus quosdam iurisperitos et hoc subtilius cogitasse, et nullum esse exposuisse, qui penitus non exaudiat, si quis supra cerebrum illius loquatur, secundum quod Jubentio Celso placuit. In eo autem, cui morbus postea superveniens auditum tantummodo abstulit, nec dubitari potest, quin possit omnia sine aliquo obstaculo facere. Sin vero aures quidem apertae sint, et vocem recipientes, lingua autem eius penitus praepedita, licet a veteribus auctoribus saepius de hoc variatum est, attamen si hunc peritum litterarum esse proponamus, nihil prohibet,

eum scribentem haec omnia facere, sive naturaliter, sive per interventum morbi huiusmodi infortunium ei accesserit: nullo discrimine, neque in masculis, neque in feminis in omni ista constitutione servando.

Justinian hat durch diese Constitution das ältere Recht theils geändert theils erweitert. Nach dem ältern Rechte konnten Taube und Stumme gar nicht testiren, wenn sie auch nicht Beydes zugleich waren, sie mochten schreiben oder sprechen können, oder nicht. Das Testament solcher Personen galt weder nach dem Civilrecht, noch nach dem prätorischen Rechte. Es kam auch nichts darauf an, ob der Taube und Stumme so geboren, oder ob er es durch Krankheit oder Zufall geworden war. Er mußte nur, wie in den Institutionen [1]) bemerkt wird, wirklich taub, d. h. gar nicht hören, und wirklich stumm seyn, d. h. gar nicht sprechen können. Denn wer nur schwer hört, oder nur schwer spricht, war nie unfähig zum Testiren. Auch ward ein Testament nicht ungültig, wenn ein solches Uebel den Testirer erst nach

1) §. 3. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.* Utique autem de eo *surdo* loquimur, qui omnino non exaudit, non qui tarde exaudit. Nam et *mutus* is intelligitur, qui loqui nihil potest, non qui tarde loquitur. Saepe enim etiam litterati et eruditi homines variis casibus et audiendi et loquendi facultatem amittunt. Statt *variis casibus* lesen mehrere Ausgaben, z. B. die Cujazische, und die Beckische variis *causis*. Diese Lesart haben auch Herm. Bultejus, Franz Bröus, Em. Merillius, und Ev. Otto in ihren Commentaren angenommen, sie stimmt auch mit der Paraphrase des Theophilus besser überein, wo es heißt: *πλεῖσται δὲ αἱ ταύτην ἐπαγουσαι αἰτίαι.*

Errichtung des Testaments befiel. So lehren die römischen Juristen noch in den Fragmenten der Pandecten.

L. 6. §. 1. *D. h. t.* Gajus *libro XVII. ad Edictum provinciale.* Surdus et mutus testamentum facere non possunt: sed si quis post testamentum factum valetudine, aut quolibet alio casu mutus aut surdus esse coeperit, ratum nihilo minus permanet testamentum.

Eben so lehren Pomponius *libro singulari Regularum* [2], Paulus *libro singulari de iure codicillorum* [3], Papinian *libro VI. Responsorum* [4], und Ulpian [5] setzt einen Hauptgrund in der Natur und Form des ältern testamenti per aes et libram, wenn er sagt:

Mutus, surdus — testamentum facere non possunt: *mutus*, quoniam verba nuncupationis loqui non potest: *surdus*, quoniam verba familiae emtoris exaudire non potest [6].

Nur Soldaten machten eine Ausnahme [7], weil sie an keine Testamentsform gebunden waren, sondern testiren konnten, wie sie wollten [8]. Ein paganus, wel-

2) *L.* 16. *pr. D. h. t.*

3) *L.* 8. §. 3. *D. de iure codicill.* (XXIX. 7.)

4) *L.* 9. §. 1. *D. Unde cognati.* (XXXVIII. 8.)

5) *Fragm. Tit. XX.* §. 13.

6) Vergl. damit §. 9. *Tit. XX.*

7) §. 2. *J. de militari testam.* (II. 11.) Quinimmo et mutus et surdus miles testamentum facere potest. Eben so Ulpian. *L.* 4. *D. eod.* (XXIX. 1.)

8) Gajus *Comm. II.* §. 114. *L.* 1. *pr. D. de testam. militis.* (XXIX. 1.)

cher taub oder stumm war, mußte die Erlaubniß zum Testiren beym Kaiser auswirken, wenn er seinen letzten Willen mündlich oder schriftlich zu erklären im Stande war. Diese wurde ihm auch gern ertheilt, um die vicesima hereditatum für das aerarium militare zu erhalten [9]. Daher sagt Aemilius Macer *libro I. ad Legem vicesimam hereditatum* [10], woraus die *L.* 7. *D. h. t.* genommen ist:

Si mutus aut surdus, ut liceret sibi testamentum facere, a principe impetraverit, valet eius testamentum.

Justinian hat nun in der angeführten Constitution die Strenge des ältern Rechts gemildert, und den Tauben und Stummen in gewissen Fällen erlaubt, nach

9) S. *Jo.* Bertrandi Βιοὶ νομικῶν sive de Jurisperitis Lib. I. cap. 33. pag. 155. *Ev.* Otto Comm. ad §. 3. J. Quib. non est perm. fac. testam. und Majansii Disp. cit. §. 9. Tom. I. pag. 453.

10) Diese Lex vicesima hereditatum, wie sie hier unrichtig genennt wird (S. Bach hist. Jurispr. Rom. Lib. III. Cap. I. Sect. II. §. 5.) ist die lex Julia vicesimaria, welche auf den Vorschlag des Kaisers Augustus im J. der Erb. R. 759. gegeben worden ist, und von Testaments-Erbschaften und Vermächtnissen eine Abgabe zu 5. von Hundert verordnete. Caracalla vermehrte sie bis auf zehen Procent. Der Kr. Gratian soll diese Abgabe abgeschafft haben; allein man nimmt dieses gewöhnlich ohne Beweis an. Soviel ist gewiß, daß sie schon vor Justinian ausser Gebrauch gekommen war. *L. ult. Cod. de Edicto D. Hadriani toll.* (VI. 33.) Man vergl. vorzüglich *Pet.* Burmanni Vectigalia Pop. Rom. (*Leidae* 1734. 4.) Cap. XI. pag. 160. sqq.

Vorschrift derselben zu testiren. Vermöge derselben sind nun folgende Fälle zu unterscheiden.

I. Es ist Jemand taub und stumm zugleich. Dann ist er es entweder

1) von Geburt. Hier hat es Justinian bey der Regel des ältern Rechts gelassen. Ein solcher kann auch nach dieser neuern Verordnung weder ein Testament, noch Codicille machen, auch kein Fideicommiß hinterlassen, noch eine Schenkung von Todes wegen errichten. Es ist gleichviel, die taub- und stummgeborne Person sey eine Manns- oder Frauensperson. Der Grund dieser Verordnung beruht unstreitig darin, weil man Taubstumm Geborne als solche betrachtete, die den Gebrauch ihres Verstandes nicht hätten, und es auch für unmöglich hielt, daß solche Personen ihren Willen auf eine deutliche Art erklären könnten [11]). Hiermit stimmen auch die Meinungen unserer heutigen Aerzte überein. Sie lehren, daß die Taubstummheit in Hinsicht der rechtlichen Folgen dieselbe Wirkung habe, wie Stumpfsinn und Blödsinn, wenn nicht die natürliche Schwäche und Unbehülflichkeit des Verstandes der Taubstummen, durch einen zweckmäßigen Unterricht in den Jugendjahren, mehr oder minder gehoben ist [12]). Die Kunst, Taubstumme zu unterrichten, kannte nun freylich das Justinianeische Zeitalter noch nicht. Daher konnte bey

11) *L.* 12. §. 2. *D. de iudic.* *L.* 65. §. 3. *in fin. Dig. ad SCtum Trebell.* (XXXVI. 1.) S. Rivinus Diss. cit. §. VII. Majansius Disp. cit. §. 14. und Walch ad *Joach.* Hoppii Commentat. ad Instit. Jus in. §. 3. Tit. Quib. non est permiss. fac. test. not. a. pag. 415.

12) S. Henke Lehrb. der gerichtl. Medicin. §. 290. und Masius Syst. der gerichtl. Arzneykunde. §. 305.

Taubstumm-Gebornen von Auswirkung eines privilegii testamentifactionis, wie man es zu nennen pflegt, gar keine Frage seyn [13]. Da es aber in unseren Tagen an mehreren Orten eigene Erziehungsinstitute für Taubstumme giebt, und die Beyspiele gar nicht selten sind, daß Personen, die taubstumm geboren sind, durch Unterricht in der Schriftsprache so weit gebracht worden sind, daß sie sich eine ziemliche Fertigkeit im Lesen und Schreiben erworben haben, und in ihrer ganzen Lebens- und Handlungsweise einen gesunden Verstand und gute Bekanntschaft mit den Verhältnissen des gemeinen Lebens gezeigt [14], oder daß solche Personen wenigstens gelernt haben, sich Andern durch äussere Zeichen so verständlich zu machen, daß sie besonders von denjenigen, die mit ihnen in einem vieljährigen Umgange gelebt haben, vollkommen richtig haben ausgelegt werden können [15]; in diesen Fällen aber der Grund der justinianeischen Legislation wegfällt, so fragt sich's, ob solchen Taubstumm-Gebornen nicht h. z. T. die Fähigkeit zu gestatten sey, ein Testament zu machen? Unsere Rechtsgelehrten finden kein Bedenken, diese Frage

13) Es ist aber doch auch ein Nachsuchen des Taubstummen um die venia testandi, sofern das Testiren möglich zu machen wäre, durch das Gesetz nicht ausgeschlossen worden. S. Gensler's angeführten Aufsatz im Archiv für die civilist. Praxis 3. B. Nr. XXII. §. 3. S. 364.

14) Einen merkwürdigen Fall enthalten von Bülow und Hagemanns pract. Erörterungen. 2. B. Erört. IX.

15) Solche Beyspiele haben *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. III. Obs. 178. Just. Claproth Abhandl. von Testamenten. §. 5. a. E. und S. 15. ff. und Gensler a. a. O. §. 2. S. 349 — 363.

zu bejahen, da aber doch nun einmahl ein deutliches Gesetz entgegensteht, so erfordert man wenigstens eine auf geschehenes Ansuchen erwirkte Dispensation des Landesherrn, welche jedoch nur nach vorher angestellter Untersuchung, wobey diejenigen, welche die Zeichen der Taubstummen zu erklären vermögen, mittelst eidlicher Verpflichtung, zu vernehmen sind, ertheilt zu werden pflegt [16]. Einige [17]) gehen sogar so weit, daß sie in dem Falle, da der Taubstumm-Geborne durch Unterricht eine solche Fertigkeit im Lesen und Schreiben erlangt hat, daß er seinen letzten Willen schriftlich zu erklären im Stande ist, nicht einmal eine landesherrliche Dispensation für nöthig halten. Sie empfehlen aber doch zu mehrerer Sicherheit die Nachsuchung um eine landesherrliche Erlaubniß. Ich bin indessen überzeugt, daß wenn allenfalls die landesherrliche Genehmigung zu spät eintreffen sollte, auch davon abgesehen, daß Gnadenrescripte ohnehin schon gleich mit dem Tage ihrer Ausfertigung in Wirksamkeit treten, das Testament dennoch selbst nach den deutschen Reichsgesetzen für gültig erklärt werden müßte. Die Notariats-Ordnung Kaisers

16) Pufendorf c. l. Claproth a. a. O. Hofacker Princip. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1253. not. d. Rivinus Diss. cit. §. XV — XXI. Malblanc Princip. iuris Rom. P. ult. §. 688. not. z. Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. Bd. §. 797. Hufeland Lehrb. des Civilrechts. 2. B. §. 1084. not. 2. Gensler angef. Abh. S. 346. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. V. Buch §. 442. u. a.

17) *Sam.* Stryk de caut. testamentor. Cap. IV. §. 28. und von Bülow und Hagemann angeführte Erörterungen. 2. Bd. S. 144. f.

Maximilian I. vom J. 1512. Tit. von Testamenten §. 4. sagt:

„Item: Es gehört zu einem jeden Testament, daß der oder die, so Testament machen, mit verständlichen Worten reden, oder aber schreiben können: denn welcher deren Keins könnte, der wird darin einem Todten gleichgeacht, und mag kein Testament machen."

Sollte man hieraus nicht mit Grund die Schlußfolge ableiten können: Wer seinen letzten Willen verständlich niederzuschreiben vermag, sey er auch von Natur gehörlos, und auch zum Sprechen ganz unfähig, ist nach diesem Gesetz befugt, auch ohne vorgängige besondere Erlaubniß des Regenten, ein Testament zu machen?

2) Der Taubstumme ist nicht so geboren, sondern hat durch Krankheit oder Zufall das Gehör sammt der Sprache verloren. Hier kommt es darauf an, ob der Taubstumme schreibkundig, und daher fähig ist, seinen letzten Willen niederzuschreiben. Dann kann er gültig testiren, und zwar ohne vorher eine besondere Erlaubniß des Landesherrn einholen zu dürfen [18]). Denn das Gesetz gedenkt dieser Bedingung nicht. Merkwürdig sind die Worte:

Si ponamus huiusmodi personam *litteras scientem*, omnia, quae priori interdiximus, haec ei *sua manu scribenti* permittimus.

Wie wenn der Taubstumm-Gewordene zwar nicht selbst schreiben, aber das von Andern Niedergeschriebene lesen und verstehen könnte, wie wenn diese Person auch durch Zeichen auf eine verständliche Art andeuten könnte,

18) S. Genslers angef. Abhandl. §. 3. S. 367.

was sie niedergeschrieben haben wolle, und dieses auch von ihr gelesen, und als richtig niedergeschrieben von ihr durch deutliche Zeichen zu erkennen gegeben worden? Sollte diese Person nicht das nämliche Recht, wie die schreibkundige, haben? Ich glaube nicht. Denn das Gesetz macht das eigenhändige Niederschreiben des letzten Willens zur ausdrücklichen Bedingung der Testamentsfähigkeit einer solchen Person. Der Fall würde also blos zu einem Gesuche um die landesherrliche Erlaubniß, ein Testament machen zu dürfen, geeignet seyn [19].

II. Es ist Jemand nur Eins von Beyden, entweder blos taub, oder blos stumm. Hier kann der Taube, wenn er sprechen kann, mündlich, der Stumme aber, wenn er schreiben kann, schriftlich testiren, ohne Dispensation. Doch ist auch hier das Selbstschreiben eine unerläßliche Bedingung. Ob der Testator taub oder stumm geboren, oder es durch Krankheit oder Zufall geworden, darauf soll nichts ankommen. Daß nun Jemand stumm geboren seyn, und doch vollkommen hören könne, ist kein sehr seltner Fall; allein daß Jemand taub geboren seyn, und doch verständlich sprechen könne, oder, wie sich Justinian ausdrückt, daß einer *naturaliter* surdus seyn könne, cui vox articulata *a natura* concessa est, dürfte wohl ein kaum denkbarer Fall seyn. Schon Plinius [20]) sagt: Auditus, cui hominum primo negatus est, huic et sermonis usus ablatus: *nec sunt naturaliter surdi, ut non iidem sint et*

19) Gensler a. a. O. Not. 19. S. 367.

20) *Natur. Histor.* Lib. X. Cap. 88. (Tom. II. pag. 463. edit. *Joan.* Hardoini *Paris* 1685. 4.) in and. Ausg. Cap. 69.

muti. Wie kann man einer Person die Sprache beybringen, die von Natur taub ist? Wie kann sie sprechen lernen, da sie keinen Sprechenden hören kann? Eben dieses hat auch schon Majansius [21]) erinnert. Dem Kaiser Justinian schien aber doch dieser Fall nicht unmöglich zu seyn, weil er, gestützt auf die Auctorität des Röm. Juristen Juventius Celsus, annahm, kein Mensch werde geboren, der ganz ohne alles Gehör sey. Er vernehme die Stimme, si quis supra cerebrum illius loquatur. Ob der Vater P. Juventius Celsus, wie Guido Panziroli [22]) glaubt, zuerst diese Erfahrung gemacht, oder sein Sohn, den Paulus *L.* 91. §. 3. *D. de Verbor. Obligat.* Celsus *adolescens* nennt, und welchen Johann Bertrand [23]) für den Erfinder dieser Kunst hält, läßt sich nicht bestimmen. Aegid. Menage [24]) macht indessen die ganze Sache verdächtig. Er selbst, sagt er, habe eine Geschichte der Medizin geschrieben, und könne mit Zuverlässigkeit versichern, daß kein einziger der alten Aerzte Etwas davon gemeldet habe. Dem sey nun, wie ihm wolle, so ist soviel gewiß, daß nach unserm Gesetz ein Tauber, er sey nun entweder so geboren, oder es erst geworden, nur dann ohne Dispensation testiren könne, wenn er schreiben, oder vernehmlich sprechen kann [25]).

21) Disp. cit. §. 11. pag. 455. Man sehe auch *Jo.* Klein de testatore cauto. (*Rostochi* 1699.) Cap. II. nr. 99. sqq.

22) De claris Legum interpretib. Lib. I. Cap. 33.

23) De Jurisperitis. Lib. I. Cap. 10.

24) Juris civ. Amoenitat. Cap. XXVII. pag. 154. sqq. (edit. *Jo. Guil.* Hoffmanni.)

25) S. Gensler's angef. Schrift Not. 21. Jedoch führen Menagius c. l. Majansius cit. Disputat. §. 11. und *Ulr.*

§. 1404. c.

Gerichtlich erklärte Verschwender.

Den Wahnsinnigen werden in Absicht auf die Verwaltung des Vermögens

5) die gerichtlich erklärten Verschwender gleichgestellt [26]). Pomponius *libro XXXIV. ad Sabinum* [27]) sagt von dem einen, wie von dem andern: Furiosi, vel eius, cui bonis interdictum est, *nulla voluntas est.* Diesen ist daher die Verwaltung ihres Vermögens genommen, um es ihnen und ihrer Familie zu erhalten. Sie stehen demnach, wie Wahnsinnige, unter der Curatel, und haben keine Dispositionsfähigkeit. So wenig sie also die Fähigkeit haben, Veräusserungen vorzunehmen [28]), so wenig haben sie auch die Fähigkeit ein Testament zu machen. Daher heißt es in den Institutionen:

Huber Praelect. ad Institut. Lib. II. Tit. 22. § 5. Beyspiele von Personen an, welche taub geboren waren, und doch einigermaaßen sprechen gelernt haben, ja Menage führt Fälle an, wo man das Mittel des Juventius Celsus mit gutem Erfolg versucht hat. Man sehe auch Höpfner's Commentar über die Heinec. Institutionen. §. 468. Daß dann solche Taubgebornen, welchen man durch Kunst schreiben oder sprechen gelernt hat, testiren können, behauptet auch *Christ. Gottl.* Biener ad Heineccii Institut. iur. civ. edit. sec. a se curat. Lib. II. Tit. XII. §. 517. not. 4.

26) Mühlenbruch Doctr. Pand. Vol. III. §. 461. vergl. mit Vol. II. §. 213. Gans Röm. Erbrecht. 2. B. S. 155.

27) *L. 40. D. de Regul. iuris.*

28) *L. 10. pr. D. de curator. furios.*

§. 2. *I.* 12. *Quib. non est permiss. fac. testament.* Item prodigus, *cui bonorum suorum administratio interdicta est*, testamentum facere non potest.

Eben so lehrt Ulpian *L.* 18. *pr. D. h. t.* Is, cui lege (i. e. legitimo modo a Praetore vel Praeside) bonis interdictum est, testamentum facere non potest, et si fecerit, ipso iure non valet.

Also nicht dem Verschwender, als solchem, wird Wille und Verstand abgesprochen; nein, es heißt vielmehr in dem Rescript des *Divus Pius* bey Ulpian [29]: et si mentis suae videbuntur ex sermonibus compotes esse; sondern insofern ihm wegen seiner verschwenderischen Haushaltung die Verwaltung seines Vermögens von der Obrigkeit untersagt, und demselben ein Curator exemplo furiosi, wie Ulpian [30]) sagt, gegeben worden ist, wird er einem Wahnsinnigen gleichgeachtet, der keinen Willen hat, nämlich hinsichtlich der Disposionsfähigkeit über sein Vermögen. Die Testamentsunfähigkeit des Prodigus ist also blos Folge der bonorum interdictio. Es erhellet dieß daraus offenbar, weil ja das Testament, welches ein Prodigus vor der Interdiction gemacht hat, gültig ist, und gültig bleibt. Ulpian sagt es in der angeführten Stelle ausdrücklich:

Quod tamen *interdictione vetustius* habuerit *testamentum*, hoc valebit.

Und in den Institutionen heißt es: Sed id,

29) *L.* 12. §. 2. *D. de tutor. et curat. dat.*

30) *L.* 1. *pr. D. de curat. furios.*

quod ante fecerit, quam interdictio suorum bonorum ei fiat, ratum est.

Wäre nun der Verschwender schon wegen seiner schlechten Haushaltung allein einem Wahnsinnigen gleichzuachten, wie könnte auch das Testament gültig seyn, was der Prodigus vor der Interdiction gemacht hat? Denn die Interdiction kann ihm ja nicht mehr, und nicht weniger Verstand geben, als er hat, wie auch schon Franz Connanus [31]), und Emanuel Soarez a Ribeira [32]) sehr richtig bemerkt haben. Daher giebt Ulpian [33]), da wo er von den Personen handelt, welche die Fähigkeit zu testiren nicht haben, beym furiosus einen ganz andern Grund an, als beym prodigus. Von jenem sagt er: quoniam mentem non habet, von diesem aber:

Prodigus, cui lege bonis interdictum est, testamentum facere non potest, *quoniam commercium illi interdictum est*, et ob id familiam mancipare non potest.

Zwar lehrt nun freylich auch derselbe Ulpian [34]): *Commercium* est emendi vendendique invicem ius, es war auch wirklich das zur Zeit Ulpians übliche Testament per aes et libram eine förmliche Mancipation, d. h. ein Scheinverkauf des Vermögens an den familiae emtor,

31) Commentarior. iuris civ. Tom II. Lib. IX. Cap. 4. fol. 675. (*Lutetiae* 1553. f.)

32) Observationum iuris lib. Cap. XII. (in *Thes. Meerman.* Tom. V. pag. 572.)

33) *Fragm. Tit. XX.* §. 13. (in Hugo iur. civ. Antejust. Tom. I. pag. 59. sq.)

34) *Fragm. Tit. XIX.* §. 5. (bey Hugo pag. 51.)

und eine solche Mancipation konnte der prodigus, cui bonorum suorum administratio interdicta est, freylich nicht vornehmen, wie Ulpian selbst sagt. Allein deswegen ist doch das Commercium keinesweges in dem höchst beschränkten Sinne vom Kaufen und Verkaufen zu nehmen. Denn das Testament, von dem Ulpian spricht, bestand nicht in einer bloßen Mancipation, ein ganz davon verschiedener zweyter Act war das Aussprechen des Willens, die *nuncupatio testamenti*, welche mit der Formel geschahe: *Haec uti in his tabulis cerisve scripta sunt, ita do, ita lego, ita testor: itaque vos, Quirites, testimonium perhibitote* [35]); zu deren Erläuteruug Gajus noch hinzufügt: *nuncupare* est enim palam nominare, et sane, quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare. Das Wort emtio hatte also in älterer Zeit eine viel ausgedehntere Bedeutung, es bezeichnete nach dem Sprachgebrauche der XII Tafeln eigentlich jede Art der Alienation, und also den Vermögensverkehr überhaupt, der auch durch Testament geschahe. Hieran läßt uns Pomponius nicht zweifeln, wenn er *libro XVIII. ad Quintum Mucium* [36]) sagt:

Sed verissimum est, quod et Aristo Celso

35) Ulpianus *Fr. Tit. XX.* §. 9. und Gajus *Institut. Comment. II.* §. 104. Man s. auch Gans Röm. Erbrecht. 2. Bd. S. 76.

36) *L.* 29. §. 1. *D. de Statuliberis.* (XL. 7.) Diese ausgedehnte Bedeutung hatten auch wohl die Worte: *ob eam rem tibi aere commercioque interdico*, in der alten Formel der Prodigalitätserklärung. Paulus Sentent. Receptar. Lib. III. Tit. IV. A. §. 7.

rescripsit: posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, *quoniam lex duodecim tabularum* EMTIONIS *verbo omnem alienationem complexa videretur*, nec interesse, quo genere quisque dominus eius fieret.

So war also unstreitig auch die testamentifactio unter dem commercium oder ius commercii begriffen, denn sie ist, wie Burchardi [37]) sehr richtig sagt, *commercium* bezogen auf Erbrecht, und besteht nicht blos in dem Rechte ein Testament zu machen, sondern überhaupt in dem Rechte zu erben und beerbt zu werden, wovon die Befugniß sich einen Testamentserben zu ernennen, nur eine besondere Anwendung ist. Dieser wahre Grund, warum gerichtlich erklärte Verschwender nicht testiren können, den Ulpian darin setzt, daß ihnen durch die Interdiction das *ius commercii* entzogen sey, blieb daher gültig, nachdem auch schon längst das testamentum per aes et libram ausser Gebrauche war. Daher auch Justinian den Satz, daß ein gerichtlich erklärter Verschwender nicht testiren kann, sowohl in seine Institutionen als Pandecten hat aufnehmen lassen. Diejenigen [38]) haben sich daher sehr getäuscht, welche sich den Schluß erlaubt haben, weil die zur Zeit Ulpians

37) Grundzüge des Rechtssystems der Römer aus ihren Begriffen von öffentlichem und Privatr. entwickelt. 1. Buch. §. 9. S. 52.

38) So z. B. *Christ.* HANACCIUS in Disp. qua ius testandi prodigo contra communem sententiam assertum tuetur. *Vitembergae* 1724. 4. §. 55. und *Jo. Mich.* MANNERT in Diss. contin. aliquot observationes ad doctrinam de testamento prodigi spectantes. *Erlangae* 1811. 4. §. V. sqq.

übliche Testamentsform per aes et libram schon längst vor Justinian ausser Gebrauch gekommen, so falle der Grund des Gesetzes, und mit demselben auch die Verordnung des Römischen Rechts selbst weg. Der Grund, den Ulpian anführt, ist vielmehr noch jetzt der nämliche, wie auch Ludw. Gottfr. Madihn[39], Püttmann[40] und Schweppe[41] mit Recht behaupten. Andere[42] wollen jedoch noch den Grund für besonders zutreffend halten, daß nämlich dadurch der prodigus verhindert werde, sich etwa an seinen Intestaterben, die ihn meistens unter Curatel bringen, durch testamentarische Verfügung zu rächen. Allein um der Intestaterben willen hätten die Gesetze nicht nöthig gehabt, dem Prodigus die Testamentsfähigkeit zu versagen. Denn sind es keine Notherben, so können sie ohnehin nach Gefallen übergangen werden; und auch die Notherben haben nur auf ihren Pflichttheil ein gegründetes Recht, welcher ihnen deswegen nicht genommen werden kann, weil sie den Verschwender unter die Curatel haben setzen lassen.

Nach einer Novelle des Kaisers Leo des Philosophen[43] soll jedoch das Testament eines gerichtlich erklärten Verschwenders in dem Falle aufrecht erhalten wer-

39) Commentat. de iure testandi prodigis frustra vindicato. *Halae* 1771. 4. pag. 10. sq.

40) Probabil. iuris civ. lib. II. Cap. 2. pag. 16.

41) Röm. Rechtsgeschichte. §. 441. S. 637. (der 2. Ausgabe. Götting. 1826.)

42) *Jo. Frid.* Gildemeister Progr. Observationes nonnullas varii argumenti, quae ad rem legitimam pertinent, cont. *Bremae* 1778. 4. Obs. IV. und Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. Th. §. 1404. S. 215. f.

43) *Nov. XXXIX.*

den, wenn es vernünftig gefaßt ist, und keine Spuren verschwenderischer Gesinnungen enthält. Z. B. der Prodigus hat zum Besten seiner Familie, oder zu Gunsten der Armen testirt. Ob aber diese Novelle heut zu Tage anwendbar sey, ist eine bekannte Streitfrage, welche freylich von mehreren Rechtsgelehrten [44]) bejahet wird. Allein daß die Leonischen Novellen, welche den Glossatoren ganz unbekannt waren, erst in der andern Hälfte des 16. Jahrhunderts durch Heinrich Scrimger bekannt, und erst, seitdem sie Heinrich Agyläus ins Lateinische übersetzt hatte, dem Corpus iuris civilis beygefügt wurden [45]), ja deren Gültigkeit selbst im Orient von griechischen Schriftstellern bezweifelt wird [46]); in Deutschland

44) *Jo. Frid.* Olearius in Progr. de valore Novellar. Leonis. (*Lipsiae* 1708.) §. VIII. *Casp. Achat.* Beck de Novellis Leonis Aug. et Philos. earumque usu et auctoritate. §. XXVIII. pag. 132. (edit. Zepernick. *Halae* 1779. 8. adject. est Olearii Progr. pag. 400.) *Sam. Frid.* Willenberg de testamento prodigi §. VII. sqq., in *Selectis iurisprud. civ.* (*Gedani* 1728. 4.) P. II. Exercit. XXIV. pag. 491. sqq.

45) S. *Car. Frid.* Zepernick Praetermissa de vita, rebus gestis, et constitutionib. inprimis Novellis Leonis Sapientis. Sect. III. §. 17. sqq. adj. Beckii libro cit. pag. 324. sqq. Die älteste Ausgabe, in welcher man diese Novellen nach der lateinischen Uebersetzung des Agyläus findet, ist die *Lugduni* 1562. in fol. von Wem dieselbe veranstaltet worden, läßt sich nicht bestimmen, denn der Herausgeber hat sich nicht genannt. Eine nähere Beschreibung dieser Ausgabe wird man in dem Addendo zu der gedachten Zepernickischen Schrift finden.

46) S. *Jo. Th.* Seger Diss. de Leonis Philos. constitutionum Novellarum auctoritate. (*Lipsiae* 1767.) §. III. sqq.

weder angenommen sind, noch haben angenommen werden können, kann man jetzt wohl als eine ganz entschiedene Sache ansehen, seitdem durch die treffliche Abhandlung des um die geschichtliche Rechtswissenschaft hochverdienten Zepernick [47]) jeder Zweifel beseitiget worden ist.

Andere [48]) hingegen meinen, die Novelle des Kaisers Leo enthalte gar kein neues Recht, sondern spreche nur das aus, was nach den Grundsätzen einer richtigen Interpretation schon im Geist des Römisch-Justinianeischen Rechts liege, um so weniger sey daher die heutige Anwendbarkeit der Leonischen Novelle zu bezweifeln. Wollte man, sagen sie, den gerichtlich erklärten Verschwendern die rechtliche Fähigkeit absprechen, ein Testament zu machen, so würden sie ja noch härter behandelt werden, als die wirklich Rasenden, denen sie doch sonst in den Gesetzen gleichgestellt würden. Die Aehnlichkeit eines Rasenden und eines Verschwenders, von der hier die Gesetze ausgehen, bringe es vielmehr mit sich, daß beyder Testamente nach denselben Grundsätzen behandelt werden müßten. Auch den Rasenden sey es verboten, ein Testament zu machen. Der Grund sey

(in *Opuscul.* a *Jo. Lud.* Klüber edit. Vol. I. p. 289. sqq.) und Zepernick ad *Beckii* libr. cit. pag. 72. sqq.

47) Conjecturae, quibus ex causis Novellae Leonis Sapientis in Germania receptae dici nequeant. Adject. Beckii libro de Novellis Leonis, adspers. animadversionib. et mantissa commentationum a se editt. pag. 403—552. Man vergl. auch den 1. Th. dieses Commentars §. 65.

48) Fried. Hoppe Lehre von juridischen Verschwendern. §. 12 14. und Mannert Diss. cit. de testamento prodigi. §. X. et XI.

offenbar der, weil der Rasende keinen Willen hat. Wenn der Grund wegfällt, so falle auch das Begründete weg. Der Gesetzgeber handelte also sehr consequent, wenn er dem Rasenden erlaubte, so bald man untrügliche Kennzeichen von seinem vernünftigen Willen habe, in lichten Zwischenräumen seinen letzten Willen zu errichten. Auch den Verschwender sähen die Gesetze als einen Seelenkranken an, der, so lange er dieß ist, keinen vernünftigen Willen zu haben vermuthet wird. Aus diesem Grunde hätten sie ihm die Testamentifaction verboten. Aber auch ein Verschwender könne lichte Zwischenräume haben. Es sey also auch die Einschränkung jenes Verbots bey dem Rasenden auf den Verschwender auszudehnen. Die Gesetze enthielten zwar diese Einschränkung bey dem Verschwender so ausdrücklich nicht, wie bey dem Rasenden, aber doch indirect. Dieses ergebe sich aus der Verbindung, in welcher die Gesetze von der Testamentifaction beyder sprächen. In den §§. 1. 2. u. 3. *J. Quibus non est permiss. fac. testam.* werde nämlich verordnet, das Testament eines Rasenden solle gelten, wenn seine Krankheit — furor — zur Zeit der Testamentserrichtung nachgelassen hat. Nach denselben Grundsätzen — Item —, durch welches Wort der §. 2. mit dem vorhergehenden §. verbunden worden ist, könne auch der Verschwender kein Testament machen, d. h. so lange er Verschwender, so lange er krank ist. Nach denselben Grundsätzen — item — werde auch §. 3. das Testament eines Tauben oder Stummen beurtheilt, d. h. wenn ihn seine Krankheit nicht an der Errichtung seines Willens hindert. Diese drey Fälle wolle der Gesetzgeber unstreitig nach denselben Grundsätzen behandelt wissen,

deswegen habe er sie so sorgfältig zusammengestellt, und sage am Schluß des §. 3. noch: Unde nostra constitutio *etiam his* subvenit. Er wolle also auch den Tauben und Stummen durch seine Verordnung ihre Testamentifaction vorbehalten. In diesem *etiam his* liege es also deutlich, daß er diese drey Fälle nach denselben Regeln beurtheilte. Diese Ansicht werde nun noch besonders durch *L. 1. D. de curat furios.* unterstützt, wo Ulpian sage: wenn der Rasende und Verschwender wieder in einen Zustand der Vernünftigkeit zurückkehre, so höre die Curatel über dieselben ipso iure auf. Dieß könne nun wohl nicht anders verstanden werden, als so, sobald man unbezweifelte Kennzeichen eines vernünftigen Willens des Curanden hat, so solle angenommen werden, daß in dem Zeitmoment, in dem diese Kennzeichen eingetreten sind, die Curatel ipso iure aufhöre. Dieses ipso iure stehe also hier, nach einer richtigen Folgerung, mit dem Grundsatz in der genauesten Verbindung, daß ein Rasender in lichten Zwischenräumen testiren könne, und da dieses in dem Gesetz der Pandecten auch auf den Verschwender ausgedehnt wird, so habe das Gesetz hierdurch indirect dem Verschwender in lichten Zwischenräumen zu testiren erlaubt. So lange sich nun der Verschwender in der Curatel befindet, ist er freylich mäßig und sparsam, nach der Vorschrift seines Curators, zu leben genöthigt, es fehlt ihm also an Gelegenheit, Proben von seiner Lebensbesserung zu geben. Nur aus einer Handlung, die das offene Gepräge der Vernünftigkeit trägt, könne daher diese erkannt werden. Eine solche, — ja die concludenteste documentirte — Handlung sey das Testament, der materiell vernünftige Inhalt des letzten Willens. Dieser sey ein ver-

nünftiger, wenn er ein rechtsgemäßer ist. Sey nun Niemand darin übergangen, der nicht übergangen werden durfte, sey Niemand darin enterbt, der nicht enterbt werden durfte, u. s. w. so sey das Testament gültig, denn es sey ein rechtsgemäßes und also ein vernünftiges Testament. Man habe nun auch nicht einmal mehr nöthig, sich auf die Leonische Novelle zu stützen, und könne die Frage, ob die Novellen des K. Leo in Deutschland recipirt seyen, oder nicht, füglich auf sich beruhen lassen. Denn die Meinung empfehle sich schon durch ihre Billigkeit, und sey, obgleich auch wegen der Auctorität der gedachten Novelle, in der Praxis längst angenommen, wie durch die Zeugnisse eines Carpzovs [49]), eines Joh. von Sande [50]), und Johann Philippi [51]) erwiesen werden will. Es lasse sich aber auch mit leichter Mühe beweisen, daß die Novellen des Kaisers Leo in Deutschland mit dem Corpus iuris civilis seyen angenommen worden [52]). Denn in der Reichshofrathsordnung Ferdinand III. von J. 1654 heiße es ausdrücklich [53]):

„So sollen auch unsere kaiserliche Wahlcapitulation, alle Reichsabschied, ꝛc. ꝛc. — das *Corpus iuris civilis* und canonici, — auf der Reichshofraths-Tafel, damit man sich deren in zweifelhaften Fällen gebrauchen könne, stets vorhanden seyn, und von selbiger nicht verrückt werden."

49) Jurispr. for. P. III. Const. VI. Def. 11.

50) Decision. Lib. IV. Tit. I. Def. 3.

51) Us. pract. Instit. Just. Lib. II. Tit. 12. Eccl. 52.

52) Man sehe hier Mannert Diss. cit. §. XI.

53) Tit. VII. §. 24.

Hiermit sey also das ganze Corpus iuris civilis mit allen seinen Anhängen für gültig erklärt, wie daraus erhelle, weil sich damals die Ausgaben des Dionys. Gothofredus in aller Händen befunden hätten, welche die Novellen des Kaisers Leo enthalten, die deutschen Kaiser aber die alten Römischen Kaiser, also den Kaiser Leo sogut, wie den K. Justinian, ihre Vorfahren am Reiche genannt hätten.

Allein aller dieser Gründe ungeachtet, so scheinbar sie auch immer sind, bleiben dennoch die Gründe für die verneinende Meinung überwiegend. Dürfte man sich freylich über das geschriebene Recht hinaussetzen, und blos das Billigkeitsgefühl eintreten lassen; so würde ich kein Bedenken finden, der bejahenden Meinung beyzutreten. So aber muß ich die undankbare Mühe bedauern, die man sich gegeben hat, eine Meinung zu vertheidigen, die sich doch, so lange das Justinianeische Recht in Deutschland gilt, durchaus nicht rechtfertigen läßt. Wie kann diese Meinung im Geist des Justin. Rechts gegründet seyn, welches dem Prodigus, so lange er in der Curatel ist, die Testamentsfähigkeit rund abspricht? Wie kann hier eine Aehnlichkeit zwischen einem Prodigus und einem Furiosus Statt finden, wenn man erwägt, daß dem erstern die Verwaltung seines Vermögens von der Obrigkeit ausdrücklich untersagt, der letztere aber nur aus Mangel des Vernunftgebrauchs unter Curatel gesetzt ist? Darum kann freylich der Furiosus testiren, wenn durch den Eintritt eines lichten Zwischenraums jenes Hinderniß gehoben ist, weil ihm kein Verbot entgegensteht. Hört denn aber auch die Wirkung des Interdicts, und diese besteht ja beym Prodigus in der Unfähigkeit über sein Vermögen zu disponiren, und ein Testament zu

machen, ipso iure auf, wenn er ein vernünfttig Testament macht? So will man freylich den Ulpian *L.* 1. *D. de curat. furios.* verstehen. Man hätte auch allenfalls noch eine andere Stelle von Paulus [54]) anführen können, welcher sagt:

Prodigus recepta vitae sanitate, ad bonos mores reversus, et testamentum facere, et ad testamenti solennia adhiberi potest.

Allein mit welchem Rechte? Dieß ist schon an einem andern Orte [55]) ausführlicher gezeigt worden. Die Dispositionsfähigkeit tritt nicht eher beym prodigus wieder ein, als wenn nach vorhergegangener Untersuchung das Interdict wieder aufgehoben worden ist. Anders versteht auch Anton Schulting [56]) die Stelle des Paulus nicht, wenn er sagt: *Quando id constat decreto magistratus*, ut ita unumquodque eo solvatur modo, quo colligatum est: alioquin res haec valde esset incerta, quae tamen debet esse certissima. Wo hat wohl irgend ein Gesetz von lichten Zwischenräumen bey Verschwendern gesprochen? Sind dieß nicht leere Träume, die durch eine falsche Auslegung der Gesetze erzeugt worden sind? So lange also nicht die Ursache der Testamentsunfähigkeit, nämlich die Interdiction mit Aufhebung der Curatel beseitiget, und dem Prodigus der Vermögensverkehr, das commercium, welches ihm durch die Interdictio genommen war, wieder geworden ist, ist

54) *Sententiar. Receptar.* Lib. III. Tit 4. A. §. 12. (in *Ant.* Schulting *Jurispr. vet. Antejust.* pag. 343.)

55) S. §. 1398. S. 307. ff.

56) Ad loc. cit. Pauli not. 38. Man sehe auch Westphals Theorie des Röm. Rechts von Testamenten. §. 39.

und bleibt das von ihm während der Curatel gemachte Testament ungültig, sey es auch immerhin noch so vernünftig verfaßt [57]). Denn durch die Interdiction ist ihm ja nicht der Vernunftgebrauch, sondern nur die eigne Verwaltung seines Vermögens untersagt. Vergeblich hat man einen Beweis für die entgegengesetzte Meinung in der Verbindung der §§. 1. 2. u. 3. *J. Quib. non est permiss. fac. testam.* zu finden gemeint. Denn offenbar heißt *item* hier nicht soviel, daß das Testament eines Rasenden und eines Verschwenders nach einerley Grundsätzen behandelt werden solle; nein, *item* ist eine particula continuativa praecedentium, wie Johann Strauch [58]) sagt, und heißt soviel als porro, praeterea, welches letztere Bindewort auch Justinian selbst §. 1. dieses Titels gebraucht hat. Justinian braucht Item überall in seinen Institutionen, wenn er von mehreren Gegenständen handelt, welche unter ein Genus gehören, so wie er hier von den Personen handelt, welchen es nicht erlaubt ist, ein Testament zu machen, und diese nun mittelst der Partikel item nach einander aufführt. Hier hätte nun Justinian gerade die schicklichste Gelegenheit gehabt, zu sagen, das Testament eines Prodigus solle gelten, sofern es auf eine vernünftige und rechtsgemäße Art eingerichtet ist, wenn dieß seine Meinung gewesen wäre. Könnte das Testament eines Prodigus wegen seiner Vernünftigkeit gelten, warum sollte denn nicht auch ein Prodigus

57) S. Bachovius ad *Treutlerum* Vol. II. P. I. Disp. X. Th. III. Lit. D. Verb. *Quin et si probe.* pag. 532. und der Gebr. Overbeck Meditationen über verschied. Rechtsmaterien. 8. Bd. Medit. 414.

58) Lexicon. particularum iur. voc. *Item.*

bey einem Testament als Zeuge zugezogen werden können, wie ein Furiosus zur Zeit eines vernünftigen Zwischenraums [59]? Ist nicht bey einer Testamentshandlung Zeuge zu seyn, eine eben so vernünftige Handlung? und doch wird ihm auch diese Fähigkeit abgesprochen [60]. Um jedoch wieder auf das Wörtchen item zurückzukommen, so hat dieses nicht einmal Theophilus in seiner griechischen Paraphrase beybehalten. Dieser sagt geradezu:

Οὐδὲ τὸν ἄσωτον, ᾧ τῶν οἰκείων πραγμάτων ἡ διοίκησις ἀπηγόρευται, ὁ νόμος συγχωρεῖ διατίθεσθαι. i. e. *Nec prodigum, cui bonorum suorum administratio interdicta est, lex testari permittit.*

Soviel hiernächst die zur Hülfe genommene Auctorität der angeführten practischen Juristen betrifft, so kann diese darum nichts entscheiden, weil sie durch gleich wichtige Zeugnisse für das Gegentheil aufgewogen werden kann. Sollte nicht die Auctorität eines Christ. Phil. Richters [61], Joh. Brunnemanns [62], Nic. Christoph Lynckers [63], Sam. Strycks [64], Just. Henn. Böhmers [65], Goswin von Esbach [66] und Aloys

59) *L.* 20. §. 4. *D. h. t.*

60) *L.* 18. *pr. D. h. t.*

61) Decision. P. I. Decis. 43.

62) Decision. Centur. V. Decis. 23. pag. 330.

63) Respons. P. I. Resp. 631. pag. 933. Ejusd. Decis. Cent. V. Decis. 23.

64) Us. mod. Pand. h. t. §. 12. und Tr. de cautelis testamentor. Cap. III. §. 27.

65) Consultat. et Decision. Tom. II. P. I. Resp. 631. Qu. 1. pag. 934. sqq.

66) Notae et Addition. ad *Carpzovii* Jurispr. for. ad P. III. Const. VII. Def. 11. pag. 399.

von Kreittmayr[67]) eben soviel gelten? Daß auch das heutige deutsche Recht hierin mit dem Römischen übereinstimme, wo nicht etwa durch besondere Landesgesetze[68]) davon abgewichen ist, haben Carl Fried. Walch[69]), Joh. Fried. Eisenhart[70]) und Johann Christ. von Quistorp[71]) überzeugend dargethan. Fast ist es nun nicht mehr der Mühe werth, über den aus der Reichshofrathsordnung Ferdinand III. hergenommenen vermeintlich neuen Beweis für die reichsgesetzmäßig geschehene Aufnahme der Leonischen Novellen in Deutschland noch ein Wort zu verlieren. Offenbar ist hier das *Corpus iuris civilis* gemeint, soweit es schon längst vor Ferdinand dem III. ja schon vor Maximilian I. in Deutschland recipirt zwar, und dieses war das Justinianeische Gesetzbuch, welches in derselben Reichshofrathsordnung Tit. I. §. 15. mit dem Namen der kaiserlichen Rechte, und Tit. VII. §. 21. mit dem Namen der gemeinen beschriebenen Rechte bezeichnet wird, in welcher Hinsicht denn auch Kaiser

67) Anmerkungen über den Cod. Maximil. Bavar. civ. 3. Th. 3. Kap. §. III. nr. 9. S. 272. f. (München 1796. 8.)

68) So kann z. B. sowohl nach dem allgem. Preuß. Landrechte 1. Th. 12. Tit. §. 27. als nach dem Oesterreich. Landrechte 2. Th. §. 568. der Verschwender während der Vormundschaft, zum Nachtheil der gesetzlichen Erben, nur über die Hälfte seines Nachlasses durch Testament gültig verfügen.

69) *Commentat.* de testamento prodigi iure Germanico invalido. *Jenae* 1754. 4.

70) Disp. de iure testandi prodigo non competente. *Helmst.* 1749.

71) Rechtliche Bemerkungen 2. Th. Bemerk. V. S. 21. f. (nach Deff. Tode herausgegeben von G. Wiese. Leipzig 1798. 4.)

Maximilian I. in seinen selbst für das deutsche Reich gegebenen Gesetzen die Kaiser Constantin und Justinian seine Vorfahren am Reiche nennt [72]. Mögen also zur Zeit Ferdinands III. die Novellen des Kaisers Leo immerhin schon in den damals gangbaren Gothofredischen Ausgaben des Corporis iuris civilis gestanden haben; so waren gewiß diese nicht mitgemeint. Denn sonst müßten ja auch die übrigen Verordnungen der byzantinischen Kaiser, es müßten nicht minder die capitula feudorum extraordinaria in Deutschland recipirt seyn, weil auch diese in den Gothofredischen Ausgaben den Novellen des Kaisers Justinian beygefügt sind, wenn der Kaiser Ferdinand III. das ganze Corpus iuris civilis mit allen seinen Nebentheilen gemeint hätte. Daß aber diese in Deutschland keine gesetzliche Kraft haben, ist eine längst anerkannte Wahrheit [73]. Hätten sie solche wirklich erhalten, so dürften sie ja auch in den glossirten Ausgaben nicht fehlen.

72) S. Pütter's Abh. Wie das Justinianisch-Röm. Gesetzbuch in Deutschl. zur gesetzl. Kraft gediehen sey? in Desselben Beyträgen zum deutsch. Staats- und Fürstenrechte. 2. Th. Nr. XXIII. S. 30. ff.

73) S. was die den Novellen des Kaisers Justinian beygefügten Constitutionen der byzantinischen Kaiser betrifft, meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. §. 64. S. 269. ff. und den 1. Th. des Commentars §. 56. Soviel aber die capitula feudorum extraordinaria oder extravagantia anlangt, Ge. Mich. Weber's Handbuch des in Deutschland üblichen Lehnrechts. 1. Th. §. 32. S. 280. ff. und Carl Fried. Dieck Litterärgeschichte des Longobard. Lehenrechts. (Halle 1828.) 8. Abh. §. 8. S. 410. ff.

Baudoza nahm sie zwar in seine Ausgabe [74]) auf, allein, wie er sich ausdrückt, blos darum, *Ne quid huic novae Corporis iuris civilis editioni deesset, quod priores editiones desiderare posset* [75]). Und wie käme denn gerade die Ausgabe des Dionys. Gothofredus zu der Ehre, vom Kr. Ferdinand *III.* berücksichtiget worden zu seyn, da es ja keine einzige Ausgabe vom Corpus iuris civilis giebt, welche unter den Ausspicien der gesetzgebenden Macht in Deutschland veranstaltet, oder von derselben bestätiget worden ist? Oder meint man etwa, durch die angeführte Reichshofrathsordnung des Kaisers Ferdinand III. sey das Corpus iuris civilis erst in Deuschland eingeführt worden? Normirte nicht schon die Kammergerichtsordnung Maximilian I. vom J. 1495 die Eidesformel des Richters und der Beysitzer dahin, daß sie nach des Reichs und gemeinen Rechten [76]) 2c. richten sollten? Daß aber Max. unter den gemeinen Rechten das Römisch-Justinianeische Recht verstanden habe, ist noch nie bezweifelt worden. Ich möchte aber auch nicht einmal behaupten, daß erst unter Maximilian die förmliche Aufnahme des Röm. Rechts in Deutschland geschehen sey. Denn wenn dieß die Meinung des Kaisers gewesen wäre, würde man sich dann wohl begnügt haben, nur in der den Kammergerichtsbeysitzern

74) *Lugduni* 1593. 4.

75) P. IV. Col. 664. in fin.

76) So ist die richtige Lesart, und nicht die gewöhnliche „nach des Reichs gemeinen Rechten," weil sie nur von einer Gattung der anzuwendenden Rechte spricht. S. Eichhorns deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. 3. Th. §. 442. Not. a. S. 336. der 3. Ausg.

vorgeschriebenen Eidesformel gleichsam im Vorbeygehen einfließen zu lassen, daß sie nach des Reichs- und gemeinen Rechten urtheilen sollten? Es wird also hier ohne Zweifel schon ein gemeiner Gebrauch des Röm. Rechts vorausgesetzt [77]). Damals aber gab es noch keine Ausgabe von corpus iuris civilis, welche die Novellen des Kaisers Leo enthalten hätte. Die Ausgaben, die man kannte, waren blos glossirte, und diese enthielten nichts, als die Justinianeischen Gesetzsammlungen. Denn nur diese allein waren es, welche die Glossatoren kannten, und unsere Vorfahren haben ja das Römische Recht in keiner andern Gestalt recipirt, als in welcher sie solches aus den Händen der Glossatoren empfingen [78]).

§. 1404. d.

Unmündige. Testamentsmündigkeit.

Zu den testamentsunfähigen Personen gehören ferner

6) Unmündige, *impuberes*, so werden hier diejenigen Mannspersonen genennt, welche noch nicht das vierzehnte, und diejenigen Frauenspersonen, welche noch nicht das zwölfte Jahr ihres Alters erfüllt haben. Solche Unmündige werden als unvollständige Personen betrachtet, die noch keinen vollkommen gültigen Willen erklären können. Bey Handlungen unter Lebenden

77) Schon Kaiser Ludwig von Baiern verordnete im J. 1342. „daß man an unserm Hofgerichte fürbas allermänniglich richten solle nach unserer Vorfahren Könige und Kaiser Gesetzen und geschriebenen Rechten. S. Samml. der Reichs-Absch. 1. Th. S. 44. und Pütters angef. Abhandlung. §. 19 — 22. S. 42. ff.

78) S. den 1. Th. des Commentars. §. 56. S. 359.

kann nun zwar dieser Mangel durch die Auctorität des Tutors ergänzt werden, allein bey Testamenten findet eine solche Ergänzung nicht Statt [79]. Denn ein Testament, als der Ausdruck des eigenen individuellen Willens, setzt schlechterdings voraus, daß der Testirer selbst wollen müsse, und wollen könne. Er muß also einen vollgültigen Willen haben. Dieser wird nun aber den Unmündigen abgesprochen, darum können sie nicht testiren, auch nicht mit Auctorität ihres Vormundes [80]. Denn der Tutor kann durch seine Auctorität dem iuri publico nicht derogiren, und daher nicht die Fähigkeit ersetzen, welche die Gesetze dem Unmündigen absprechen. Es gehören hieher folgende Gesetzstellen.

§. 1. *J. Quib. non est perm. fac. testam.* Praeterea testamentum facere non possunt impuberes: *quia nullum eorum animi iudicium est* [81].

79) Gajus *Comm. II.* §. 113. S. oben §. 1403. S. 344. Not. 31. *L.* 1. §. 1. *D. de tut. et rat. distr.*

80) S. *Arn.* Vinnius Comment. ad §. 1. J. Quib. non est permiss. fac. testam. nr. 1. Stryk Tr. de caut. testam. Cap. III. §. 7. und *Aug. Gottl.* Petermann Diss. de testamentis impuberum. *Lipsiae* 1753. 4. §. V. in fin.

81) Theophilus in Paraphr. Gr. ad h. §. 1. hat diesen Grund so ausgedruckt: ἐπειδὴ τὸ φρονεῖν τῷ μὲν οὐ προσγέγονε, welches Reitz in seiner Ausgabe Tom. I. pag. 362. so übersetzt hat: *quia iudicium illi necdum contigit.* Damit stimmt auch Ulpian. *Fragm. Tit. XX.* §. 12. überein, wenn er daselbst sagt: Impnbes, licet sui iuris sit, testamentum facere non potest; *quoniam nondum plenum iudicium animi habet.* Die Gesetze trauen also den Unmündigen noch nicht die zur Errichtung eines Testaments erforderliche Einsicht und Beurtheilung zu. Gesetzt aber auch, ein Unmündiger hätte diese Einsicht vollkommen,

L. 1. §. 1. *D. de tutelae et ration. distr.* Ulpianus *libro XXXVI. ad Edictum.* Sicuti testamenti factio pupillis concessa non est, ita nec mortis quidem causa donationes permittendae sunt.

L. 4. *C. Qui testam. fac. poss.* (VI. 22.) Impp. Diocletian. et Maximian. AA. et CC. Radoni. Si frater patruelis tuus ante decimum quartum aetatis suae annum decessit, cum facere non potuit testamentum: nihil recte ex eius postremo iudicio postulatur. Nam si hanc aetatem egressus, licet vigoris nondum emersissent vestigia, suum solemniter ordinavit iudicium: hoc evellere frustra conaris. S. VI. Id. Novembr. Pantichi, CC. Conss.

Das ältere Recht machte zwar mancherley Ausnahmen, nämlich bey den Vestalinnen, welche aus der väterlichen Gewalt giengen, sobald sie vom Pontifex Maximus captae, und in den Tempel der Vesta als

und eben so gut, wie ein Mündiger, gehabt, und hätte testirt; so würde dennoch, um dieses Individuums willen, keine Ausnahme von der Regel zu machen seyn. Denn von der Anwendung eines allgemein verbietenden Gesetzes, sagt Weber in dem klass. Werke von der natürlichen Verbindlichkeit §. 64. S. 220. f. ist in einzelnen Fällen darum noch keine Ausnahme zu machen, weil etwa ein oder anderes Individuum diejenige Beschaffenheit nicht haben sollte, welche sonst gewöhnlich bey Personen dieser Art Statt zu finden pflegt, und eben darum einen Beweggrund des Gesetzes ausmacht, weil die Legislation nur auf das Ganze, nur auf den gewöhnlichen Gang der Dinge, nicht auf das Individuum, oder Seltnere ihr Augenmerk richten kann. *L.* 4. *L.* 5. *L.* 8. *D. de Legib.* Man sehe auch *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. Lib. I. Tit. 3. §. 8. und Petermann Diss. cit. §. V. in fin.

Priesterinnen waren eingeführt worden[82]), auch nun unter keiner Tutel mehr standen[83]), und hierdurch das Recht erhielten, ein Testament zu machen, wenn sie gleich noch unmündig waren[84]). Eine Ausnahme fand ferner bey den Tribunis militum Statt[85]). Daß man diesen Tribunat auch Jünglingen zu ertheilen pflegte, die noch nicht die Pubertät erreicht hatten, davon hat uns das Röm. Alterthum mehrere Beyspiele aufgestellt[86]). Allein daß sie auch hätten testiren können, sagt uns Niemand, als Kr. Justinian, der dieses alte Recht wieder aufgehoben hat. Von diesen haben wir eine Verordnung, *L. ult. Cod. de testamento militis*, (VI. 21.) welche also lautet:

Licet antiquis legibus permittebatur pupillis, si tribunatum numerorum merebantur, ultimum elogium conficere posse: attamen indignum nostris temporibus esse videtur, eum, qui stabilem men-

82) Gellius *Lib. I. cap.* 12. Ulpianus *Fragm. Tit. X.* §. 5.

83) Plutarch *in vita Numae* Cap. 10. und Gajus *Comment. I.* §. 145. S. Dernburg Beyträge zur Gesch. der Röm. Testamente. S. 74. Not. 82.

84) Gellius *Noct. Atticar.* Lib. I. Cap. 12. Sozomenus *Hist. Eccles.* Lib. I. cap. 9. S. Petermann Diss. cit. §. XVII. und *Jo. Frid. Ern.* Schlichting Diss. de Vestalibus, et iure Vestali Pop. Rom. praes. *Jo. Frid.* Eisenhart def. (rec. *Helmst.* 1754.) §. XXII.

85) S. *Jac.* Cujacius Observation. Lib. XVII. Cap. 36. *Ev.* Otto Comment. ad §. 1. J. Quib. non est perm. fac. testam. und besonders Petermann cit. Diss. §. XVI.

86) Suetonius *in Augusto.* Cap. 38. Vegetius de militia Rom. Lib. I. Cap. 4. Vopiscus *in Probo.* Cap. 4. S. *Jo.* Voet de iure militari lib. sing. Cap. II. §. 20.

tem nondum adeptus est, propter privilegia militum, sapientium hominum iura pertractare, et in tam tenera aetate ex tali licentia parentibus forte suis, vel aliis propinquis nocere, propriam substantiam extraneis relinquendo. Ideoque hoc fieri nullo modo concedimus. Dat. Kal. Novembr. post Consulatum LAMPADII et ORESTIS VV. CC. Anno II. 532.

Justinian bezieht sich zwar hier auf alte Gesetze, was dieses aber für welche sind, sagt er nicht [87]. Genug er hat das alte Recht aufgehoben, und dieß ist uns Beweises genug, das ein solches Recht existirt habe.

Sozomenus [88]) giebt noch eine Ausnahme an. Er erzählt vom Kr. Constantin dem Großen, daß dieser ein Gesetz gegeben, vermöge welchen diejenigen, die sich dem Klosterleben widmen wollen, das Recht haben sollten, ein Testament zu machen, wenn sie auch

87) *Hier.* ALEANDER ad *Gaji* Institution. Epitom. Lib. II. Tit. 2. not. 18. will diese Lücke aus der Stelle des SUETONIUS *in Augusto*. cap. 38. und der *L.* 4. *C. de testam. militis*, einer Verordnung des Krs. Alexander, ergänzen. Ihm stimmt auch *Elb.* LEONINUS Emendat. Lib. IV. Cap. 3. bey. Allein *Ant.* SCHULTING in Jurispr. vet. Antejust. ad loc. *Gaji* cit. pag. 95. hat dagegen mit Recht erinnert, daß Suetonius in der angeführten Stelle keinesweges sage, Augustus habe Unmündigen den Tribunatus legionum ertheilt, sondern von der Zeit spreche, da sie die toga virilis angenommen hätten, wie *Is.* CASAUBONUS in Comm. ad *Sueton.* in Aug. cap. 38. pag. 202. sqq. bemerkt hat, die *L.* 4. *C.* aber rede von dem Alter, welches die Lex Aelia Sentia bey den Manumittirenden erforderte, nämlich von 20 Jahren.

88) *Histor. Eccles.* Lib. I. Cap. 9. S. PETERMANN Diss. cit. §. XVIII.

noch unmündig wären, sie möchten Manns- oder Frauenspersonen seyn.

Alle diese Ausnahmen fallen aber jetzt weg, daher gilt nun der Grundsatz in seiner unumschränkten Allgemeinheit, daß ein Unmündiger, wenn er auch pubertati proximus wäre [89]), kein Testament, auch nicht einmal zu Gunsten einer pia causa, zu machen, fähig sey [90]).

89) Stryk Tr. de caut. testamentor. Cap. III. §. 8.

90) S. Petermann cit. Diss. §. VII. Anderer Meinung ist zwar *Jo.* Brunnemann in Commentar. in Cod. ad L. 4. Qui testam. fac. poss. nr. 5. Für diese Meinung könnte auch vielleicht die *L.* 1. *C. de SS. Eccles.* angeführt werden, wo Kr. Constantin verordnet: Habeat *unusquisque* licentiam, sanctissimo catholico venerabilique concilio decedens bonorum, quod optaverit, relinquere, et non sint cassa iudicia eius. Allein das Wort *unusquisque* kann wohl nur von einem solchen verstanden werden, der die Testamentsfähigkeit hat. Denn dem Kaiser war gar nicht darum zu thun, die Zahl der Testirer gegen die Regeln des Civilrechts zu vermehren, sondern seine Absicht war, die passive Testamentifaction zu Gunsten der Kirchen und frommen Stiftungen zu erweitern. Denn bis auf die Zeiten des Kaisers Constantin des Großen konnten die Kirchen aus einer letzten Willensverordnung eben so wenig etwas erwerben, als andere Collegia, welche man mit dem Namen der personae incertae bezeichnete, wenn sie nicht privilegirt waren, wie *Christ.* Rau in histor. iuris civ. Rom. de personis incertis ex testamento heredibus, oder vielmehr der als auctor genannte *Car. Th.* Dathe (*Lipsiae* 1784.) §. VIII. dargethan hat. Man findet daselbst einen trefflichen Commentar über die *L.* 1. *C. cit.* aus dem ich nur die sehr richtige Bemerkung ausheben will: *Sed* Constantinus *M. pro singulari suo ecclesiam christianam tum efflorescentem fovendi studio*

Nur dann würde h. z. T. noch eine Ausnahme Statt finden, wenn der pubertati proximus auf geschehenes Ansuchen eine landesherrliche Dispensation erhält, welche ihm jedoch nur nach vorhergegangener Untersuchuug, ob er auch die dazu erforderliche Einsicht habe, ertheilt zu werden pflegt [91]).

Hat Jemand in der Unmündigkeit testirt, so ist das Testament ungültig, und es bleibt ungültig, wenn er auch erst nach erlangter Pubertät gestorben wäre [92]),

statuit, *ut* UNUSQUISQUE *sine discrimine sexus*, *status*, *ordinis et dignitatis licentiam haberet*, *Ecclesiae aliquid relinquendi*, *modo caeteroquin in universum legibus testamentam condere non prohibitus esset. Neque enim Imperator per hanc legem communi iuri*, QUOAD PERSONAM TESTANTIS, *derogari voluisse videtur.* Wenn Brunnemann glaubt, ein etwa hinzugekommener Eid könne den Mangel der Testamentsfähigkeit ersetzen, so irrt er sich eben so sehr, denn auch durch den Eid kann dem iuri publico nicht derogirt werden. Ueberdem kann ein Unmündiger weder selbst schwören, noch dem Erben durch eidliche Verpflichtung mit einem Fideicommiß beauflagen. *L.* 2. *D. de legatis et fid. I.* (XXX.) S. STRYK Tr. de caut. testam. Cap. III. §. 9.

91) S. *Jos. Fernand. de* RETES Opusculor. Lib. I. Cap. 22. nr. 30. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 77.) PETERMANN Diss. cit. de testament. impuber. §. XX. und *Car. Frid.* WALCH Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Memb. I. §. 2. Anderer Meinung sind jedoch STRYK Tr. de caut. testamentor. Cap. III. §. 10. Claproth Abh. von Testamenten. §. 5. S. 8. und HUFELAND Lehrbuch des gem. Civilrechts. 2. Bd. §. 1083. Not. b.

92) Justinian sagt §. 1. *J. Quib. non est perm. fac. test.* Nec ad rem pertinet, si impubes postea pubes factus fuerit, et decesserit. Denn ein letzter Wille, der gleich

und das Testament vor seinem Tode nochmals genehmiget hätte [93]. Denn es ist nicht genug, daß der Testirer die Testamentsfähigkeit zur Zeit seines Todes hat, er muß sie auch schon zur Zeit der Errichtung des Testaments gehabt haben. Proinde si *impubes*, sagt Ulpian [94], vel furiosus, vel quis alius ex his, qui testamentum facere non possunt, testamentum fecerit, deinde habens testamenti factionem decesserit, peti bonorum possessio non poterit. Daß das Testament auf immer nichtig sey, welches von einem solchen errichtet worden ist, der keine Testamentsfähigkeit hatte, lehrt auch Modestin *libro V. Pandectarum* [95]:

Si filiusfamilias, aut *pupillus*, aut servus tabulas testamenti fecerit, signaverit, secundum eas bonorum possessio dari non potest, licet filiusfamilias sui iuris, aut *pupillus pubes*, aut servus liber factus decesserit, *quia nullae sunt tabulae*

Anfangs nichtig war, kann auch in der Folge nicht gültig werden, wenn auch die Ursache der Nichtigkeit wäre gehoben worden. *L.* 29. *D. de Reg. iuris.* *L.* 201. *D. eodem.*

93) Nur wenn bey einem beabsichtigten Rechtsgeschäfte zu dessen Vollgültigkeit nichts als eine Genehmigung fehlte, wird das nachherige Hinzukommen derselben zur Bestätigung des Geschäfts für hinreichend gehalten, und sie wirkt rückwärts. Allein steht dem Geschäft ein verbietendes Gesetz entgegen, wie hier, so wird dasselbe durch die nachher erfolgte Bestätigung für die Vorzeit nie gültig. S. Petermann cit. Diss. §. VI. und Hufelands Abhandlungen aus dem Civilrecht. 1. Band. Nr. IV. S. 222. ff.

94) *L.* 1. §. 8. *D. de bonor. poss. sec. tabul.* (XXXVII. 11.)

95) *L.* 19. *D. h. t.*

testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuit.

Wer also gültig testiren will, muß die Testamentsmündigkeit haben. Hat er diese erreicht, so kann er testiren, wenn er auch noch minderjährig ist, und unter der Curatel steht, ohne daß dazu die Einwilligung des Curators erfordert wird [96]. Diese Testamentsmündigkeit tritt nun bey den Mannspersonen ein, wenn sie das vierzehnte, bey den Frauenspersonen aber, wenn sie das zwölfte Jahr ihres Alters vollendet haben. Daher sagt Paulus [97]: Testamentum facere possunt masculi post completum quartum decimum annum, feminae post duodecimum. Besonders wichtig aber ist die Stelle aus Ulpiani *libro VI. ad Sabinum*, woraus die *L.* 5. *h. t.* genommen ist, folgenden Inhalts:

A qua aetate [98]) testamentum vel masculi, vel feminae facere possint, videamus? Verius est, in masculis quidem quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Utrum autem excessisse debeat quis quartum decimum annum, ut testamentum facere possit, an suf-

96) *L.* 20. § 1. *D. de liberat. legat.* (XXXIV. 3.) *L.* 4. *C. Qui testam. fac. poss.* Stryk de caut. testam. Cap. III. §. 15.

97) *Sentent. Receptar. Lib. III. Tit.* 4. *A.* §. 1.

98) Mehrere Ausgaben, z. B. Haloander, Merlin, Baudoza und Hugo a Porta lesen *Qua aetate*, auch so Beck. Allein schon *Guil.* Fornerius Selection. Lib. III. Cap. 30. pr. (in *Thes. J. R. Ottonian.* Tom. II. p. 121.) hat dagegen erinnert, mutilum esse principium. Accursius bemerkt, daß in einigen Handschriften auch *Ex qua aetate* gelesen werde.

ficiat complesse? Propone aliquem kalendis Januariis natum, testamentum ipso natali suo fecisse quartodecimo anno: an valeat testamentum? Dico valere. Plus arbitror, etiam si pridie Kalendarum fecerit post sextam horam noctis, valere testamentum: iam enim complesse videtur annum quartum decimum, ut MARCIANO videtur.

Aus dieser Stelle ergiebt sich 1) daß man zu Ulpians Zeiten den Termin der Testamentsmündigkeit lediglich nach den Jahren bestimmt habe. Bekannt ist zwar der Streit der ältern Röm. Juristen über die Bestimmung der Pubertät, von welchem ich schon bey einer andern Gelegenheit [99]) gesprochen habe. Er galt aber blos dem männlichen Geschlechte. Denn bey den Frauenspersonen ist es gewiß, daß sie wenigstens schon von den Zeiten des Ks. Augustus an mit dem zwölften Jahre für mündig und mannbar sind gehalten worden [100]). Die Praxis nahm indessen auch bey Manns-

99) S. den 2. Th. des Commentars §. 130. S. 216. ff. Man vergleiche jedoch noch vorzüglich Dirksen Beyträge zur Kunde des Röm. Rechts. (Leipz. 1825.) 1. Abh. Kap. I. §. 1. S. 51—55. und Kap. II. §. 4. S. 155—157. und Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts. 1. Bdes 2. Abth. §. 120. S. 426 ff.

100) S. Zimmern a. a. O. S. 427. f. Wenn PLUTARCH *in Numa* pag. 310. edit. *Reiske* dem König Numa das Gesetz zuschreibt, daß der Termin der Mannbarkeit bey Frauenspersonen auf die Zurücklegung des zwölften Jahres anberaumt seyn solle; so ist diese blos einzige Auctorität eines griechischen Schriftstellers, welcher dieses nur beyläufig bey der Vergleichung des Lykurgus mit dem Numa geäussert hat, noch vielem Zweifel unterworfen. S. Dirksen Ver-

personen rücksichtlich der Testamentsfähigkeit schon längst vor Justinian ein bestimmtes Alter an, indem sie nach der Meinung der Proculianer in Erwägung, daß körperliche Ausbildung und Reife zur Eingehung einer Ehe da nicht entscheiden könne, wo die geistige Ausbildung des Pupillen in Frage steht, geradezu ein vierzehenjähriges Alter zum Testiren erforderte. Daß dieses die herrschende Meinung im Zeitalter Ulpians gewesen seyn müsse, ist daraus abzunehmen, weil sowohl Paulus in der aus seinen *Sententiis receptis* angeführten Stelle, als auch Gajus in seinen Institutionen das Alter der Testamentsmündigkeit auf dieselbe Art nach Jahren bestimmt haben. Letzter sagt nämlich *Comm. II.* §. 113.

Videntur ergo melioris conditionis esse feminae, quam masculi: nam masculus minor annorum XIV. testamentum facere non potest, etiamsi tutore auctore testamentum facere velit: femina vero post XII. annum testamenti faciundi ius nanciscitur.

Daher setzt es auch ein Rescript von Diocletian und Maximian [1]) als ganz bekannt voraus, daß bey Mannspersonen ein Alter von vierzehen Jahren zum Testiren genüge, licet vigoris nondum emersissent vestigia.

Mit diesen juristischen Zeugnissen stimmt nicht minder der Bericht eines nichtjuristischen Classikers, nämlich des Macrobius [2]), überein, welcher sagt: Nam et

suche zur Kritik und Auslegung der Quellen des R. R. 6. Abh. Kap 5. S. 308.

1) *L. 4. Cod. Qui testam. fac. poss.*

2) *Saturnal. Lib. VII. Cap. 7.* (*Opp. a Jo. Car.* Zeunio editor. *Lipsiae* 1774. 8. pag. 652.)

secundum iura publica duodecimus annus in femina, et quartus decimus in puero definit *pubertatis aetatem*. Und an einem andern Orte [3]) sagt eben dieser Schriftsteller: Post annos autem bis septem — moveri incipit vis generationis in masculis, — ideo et tutela puerili quasi virile iam robur absolvitur, de qua tamen feminae, propter votorum festinationem, maturius biennio legibus liberantur.

Auf diesen alten Sectenstreit beziehen sich nun ohne Zweifel die Worte unsers Fragments: *Verius est*, in masculis quartum decimum annum spectandum, in feminis vero duodecimum completum. Es fehlte indessen gewiß schon längst vor Justinian hierin an einem festen Herkommen nicht, wie aus den angeführten Zeugnissen hervorgeht. Nur in den übrigen Fällen, wo es auf Pubertät ankommt z. B. in Hinsicht auf die Befreyung von der Tutel, mag es noch an einer unbezweifelten Praxis gefehlt haben [4]), weshalb sich Justinian bewogen fand, durch eine eigene Constitution [5]) die Pubertät ohne Unterschied des Geschlechts nach dem Alter zu bestimmen, und diese Bestimmung sollte dann in Rücksicht aller an die Mündigkeit geknüpften Wirkungen zur Norm dienen.

Zu Ulpians Zeiten bedurften nun zwar Frauenspersonen, nur die von der väterlichen Gewalt und Tutel befreyten Vestalinnen [6]) ausgenommen, oder welche Frauen

3) *In Commentar. in Somnium Scipionis. Lib. I. Cap.* 6. pag. 43. sq.

4) S. Dirksen's angef. Beyträge. S. 55.

5) *L.* 3. *C. Quando tutor. vel curat. esse desinant.* (V. 60.)

6) S. die Note 84. Hier ist nur noch eine Stelle aus Cicero

sonst z. B. wegen des ius trium vel quatuor liberorum [7]) von aller Vormundschaft befreyt waren, zum Testiren der tutoris auctoritas. Ulpian sagt es selbst *Fragm. Tit.* XX. §. 15. Feminae post duodecimum annum aetatis testamenta facere possunt, *tutore auctore*, donec in tutela sint. Daß er es auch in unserer Stelle gesagt haben müsse, und daher hier eine Interpolation anzunehmen sey, dazu ist kein hinreichender Grund vorhanden. Denn hier war es dem Ulpian nicht um die Form, sondern blos darum zu thun, das zum Testiren erforderliche Alter zu bestimmen. Ohne

de Republica Lib. III. Cap. 10. beyzufügen, wo er sagt: Cur enim pecuniam non habeat mulier? *Cur virgini Vestali sit heres*, non sit matri suae? Daß hier von einem Testament die Rede sey, erhellet daraus, weil das Vermögen einer ohne Testament verstorbenen Vestalin, nach dem Bericht des Gellius *Noct. Attic.* Lib. I. *Cap.* 12. *in fin.* aus den Commentaren des Labeo, dem Staate anheim fiel. S. Zimmern Gesch. des R. Priv. R. 1. Bd. §. 245. Not. 20. S. 924.

7) Gajus *Inst. Comment. I.* §. 145. Tantum enim *ex lege Julia et Papia Poppaea* jure liberorum a tutela liberantur feminae. Ulpianus *Frag. Tit.* XXIX. §. 3. Postea (*lex Papia Poppaea*) libertas *quatuor liberorum iure* tutela patronorum liberavit: et cum intulerit, iam posse eas sine auctoritate patronorum testari, prospexit, etc. Auf das ius trium liberorum der freygebornen Frauen ging unstreitig die Stelle des Paulus *L.* 137. *D. de Verb. Signif.* Ter enixa videtur, etiam quae trigeminos pepererit, denn sie ist aus dessen *libro II. ad Legem Juliam et Papiam*. Man sehe hier besonders *Jo. Gottl.* Heineccii Comm. ad Legem Juliam et Pap. Poppaeam. Lib. II. Cap. 11. pag. 254. sqq.

des Tutors Auctorität war das Testament einer Frauensperson nichtig [8]).

Was Cicero [9]) sagt: Si ea mulier testamentum fecit, *quae se capite nunquam deminuit*, non videtur ex edicto Praetoris secundum eas tabulas possessio dari, d. h. das Testament einer Frau werde ohne capitis deminutio vom Prätor nicht als gültig behandelt, er gebe daraus keine bonorum possessio, hat uns nun Gajus [10]) erklärt, aus dem wir jetzt wissen, daß ehemals Frauenspersonen, jedoch mit Ausnahme einiger oben genannter, nur dann das Recht, ein Testament zu machen, gehabt hätten, wenn sie eine Coemption eingegangen, hierauf remancipirt, und dann manumittirt worden wären. Daher sey ehe-

8) Gajus *Comm. II.* §. 118. Observandum praeterea est, ut, si mulier, quae in tutela sit, faciat testamentum, (*auctoribus iis, quos*) tutores habet, facere debeat: *alioquin inutiliter iure civili testabitur.* S. *Just. Henn.* Boehmer Diss. de testamentis mulierum. *Halae* 1741. *Christ. Henr.* Breuning Diss. de testamenti factione feminarum. *Lipsiae* 1755. 4. und *Aug. Adolph.* Wendler histor. iuris civ. de testamenti factione mulierum. *Lipsiae* 1792. 4.

9) *Topicor. Cap.* 4. Man vergl. über diese Stelle Hoffmann's Versuch eine Stelle des Cicero Topicor. cap. 4. zu erklären, in der Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissensch. 3. B. Nr. IX. S. 309—327. und von Savigny Beytrag zur Geschichte der Geschlechtstutel, veranlaßt durch den vorstehenden Aufsatz. Ebendaselbst Nr. X. S. 328—348.

10) *Comm. I.* §. 115. a. S. Zimmern Gesch. des Röm. Privatrechts 1. Bd. 2. Abth. §. 245. S. 923. f. und Huschke Commentat. de causa Siliana pag. 18. et 24.

dem die fiduciaria coemptio von Frauenspersonen auch darum vorgenommen worden, um ein Testament machen zu können. Hadrian habe jedoch durch einen Senatsschluß die Nothwendigkeit dieses Umweges einer Coemption aufgehoben. Es kam also in Rücksicht der Testamentifaction bey Frauenspersonen darauf an, ob die Frau selbst vermögensrechtlich noch zu einer Familie gehörte, oder nicht. Im ersten Falle konnte sie nicht testiren, wohl aber im letzten Falle, da sie ein eigenes Familienrecht hatte, oder ihre Macht über die Familie vollständig war [11]. Die Nothwendigkeit der Auctorität des Tutors hat jedoch mit dem Verschwinden der Geschlechtstutel aufgehört. Wir lernen

2) aus der angeführten Stelle unsers Ulpians, daß ein Mündiger, um testamentsfähig zu seyn, nicht gerade das gesetzlich bestimmte Alter überschritten, also eine Mannsperson das 15te und eine Frauensperson das 13te Lebensjahr bereits angetreten haben müsse, sondern es ist genug, wenn sie nur dieses Alter erfüllt haben. Sufficit complesse, sagt Ulpian. Dieses ist nun aber nach der hier eintretenden Civil-Zeitberechnung, welche nicht auf die einzelnen Zeitmomente, sondern nur auf die Tage Rücksicht nimmt [12] schon dann erfüllt

11) S. die Tübinger kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft 5. Bd. (Stuttgart 1829) S. 296. f.

12) Paulus *L.* 134. *D. de Verb. Signif.* sagt: Annum *civiliter* non ad momenta temporum, sed *ad dies* numeramus. S. den 5. Th. dieses Commentars §. 269. b. S. 568 ff. Daraus erklärt sich, wenn derselbe Paulus *L.* 8. *D. de feriis* in Beziehung auf diese Zeitberechnung sagt: More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur. Itaque quicquid in his vi-

oder vollendet, sobald sie den letzten Tag dieses Lebensjahres angefangen haben. Nam ultimus dies coeptus habetur pro completo [13]). Der letzte Tag, da die Testamentsmündigkeit eintritt, ist aber nicht gerade der Geburtstag, wie einige behaupten [14]), sondern der dem Geburtstage vorhergehende Calendertag, sobald dieser post sextam horam noctis, wie Ulpian sagt, d. h. zu Mitternacht, sobald die Glocke zwölf geschlagen hat, beginnt [15]). Ulpian erläutert diesen aller-

ginti quatuor horis, id est duabus dimidiatis noctibus et luce media actum est, perinde est, quasi qualibet hora lucis actum esset. Also die in den Verlauf eines Tages einfallende Begebenheit, wird als in jedem Moment des Tages, also auch schon als gleich mit dem Beginn desselben erfolgt, angesehen. Man sahe wohl ein, daß eine ganz genaue Rechnung, nach welcher der Anfang eines Zeitraums mit der Stunde, oder Minute beginnt, in welcher das Factum, was zum Beginn eines Zeitraums Anlaß giebt, eintritt, in den wenigsten Fällen ausführbar wäre. Denn selten wird von einem Ereigniß mehr als der Tag gemerkt, und schwer hält es nach Verlauf einiger Zeit, über die Stunde, da sich das fragliche Factum ereignete, Auskunft zu erlangen. S. Schweppe römische Berechnung des Anfangs und Schlusses eines Zeitraums, §. 1. in dem jurist. Magazin 1. Bandes 1. Heft. (Altona 1818.) Nr. IX. S. 117. ff.

13) *L.* 15. *D. de div. tempor. praescript.* (XLIV. 3.)

14) *Jac.* Cujacius ad L. 5. D. h. t. *Jo. Conr.* Rücker Diss. de civili et naturali temporis computatione in iure. (*Lugd. Bat.* 1749.) Cap. II. §. 1. et Cap. V. §. 12. u. and. Man sehe dagegen den 2. Th. dieses Commentars §. 130. Not 61. S 220.

15) S. *Henr. Theod.* Pagenstecher Diss. A qua aetate quis testamentum facere possit? ad L. 5. D. h t. (adj.

dings singulären Satz durch folgendes Beyspiel. Es ist Jemand am 1sten Januar geboren. Nun kann er, sobald er 14 Jahre alt ist, und zwar schon an seinem Geburtstage gültig testiren, er mag an diesem Tage geboren seyn, in welcher Stunde er will. Denn auf die Geburtsstunde wird nach der Civilzeitberechnung keine Rücksicht genommen, weil der Tag, sobald er begonnen, auch schon als vollendet angesehen wird. Er hat aber nun schon sein 15tes Lebensjahr angetreten, und also das 14te überschritten. Dieß ist aber nicht nöthig, er braucht es nur vollendet zu haben, dieses 14te Lebensjahr ist nun erfüllt, schon am 31. December, gleich mit dem Anfange desselben, sobald es in der Nacht vom 30sten auf den 31. December zwölf Uhr schlägt. So ist unstreitig Ulpian zu verstehen, wenn er sagt: Plus arbitror, etiam si *pridie Calendarum* fecerit *post sextam horam noctis* [16]) valere testamentum: iam

Eius *Commentar. ad Pomponium de re testamentar.* pag. 158 — 165. *Ulr.* Huber Praelect. ad Instit. Tit. Quib. non est perm. fac. test. §. 3. Pothier Pand. Justin. Tom. II. h. t. Nr. XV. not. f. et g. pag. 173. Erb über den annus civilis, in Hugo civilist. Magazin 5. Bd. Nr. VIII. S. 237 — 245. Schweppe röm. Berechnung, im angef. jurist. Magazin 1. B. S. 127—130. Fetzers Versuche. Heilbron 1802. Nr. I. Thibaut System des Pand. Rechts. 2. B. §. 797. S. 216. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 1. Th. 1. Buch §. 113. Hufeland Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. B. §. 1083.

16) Man vergleiche hier *Ant.* Augustini Emendation Lib. IV. cap. 13. (in *Thes. iur. Rom. Ottonian.* Tom. IV. pag. 1544. sq.) und den 3. Th. dieses Commentars. §. 269. c. S. 584. f. Die *hora sexta noctis* ist zwar

enim complesse videtur *annum quartum decimum*. Wollte man die Zeit *post sextam horam noctis* von dem Anfange des ersten Januars verstehen; so würde man ja dem pridie Calendarum eine ganz unrichtige, den röm. Sprachgebrauche offenbar zuwiderlaufende, Bedeutung unterschieben. Denn *pridie* heißt immer der vorhergehende Calendertag, also *pridie Calendarum Januarii* kann kein anderer seyn, als der 31ste December [17]. Die Zeit *post sextam horam* noctis ist demnach schon der Anfang des 31. Decembers, also die zurückgelegte sechste Mitternachtsstunde, welche den 30. December von dem 31sten scheidet. Hiermit stimmt nun aber freylich die Erklärung derjenigen [18] nicht überein,

unsere zwölfte Stunde in der Nacht, aber sie entspricht nicht unserm Ausdruck 12 Uhr, sondern sie bezeichnet den Zeitraum der ganzen Stunde zwischen 11 und 12 Uhr. Sie ist also die letzte Stunde des Calendertages, nicht die erste. Sie fängt den Tag nicht an, sondern beschließt ihn. Die erste Stunde des Tages ist vielmehr die *hora septima noctis*, welche eintritt post horam sextam noctis, und noch dem vorhergehenden Calendertage angehört, also hier dem 30. December, und den Tag beschließt. S. Erb in Hugo's civil. Magazine 5. B. S. 193. ff.

17) S. Cicero *ad Attic. Lib. VI. Epist.* 1. *ad Familiar. Lib. V. Ep.* 2. Quinctilian. *Instit. Orator. Lib. VI. Cap.* 1. wo überall *pridie Calendarum Januarii* für den 31. December genommen wird. Daß das *pridie* gar keine andere Bedeutung habe, zeigt Scheller in seinem Lexic. h. v. selbst mit Anführung unserer *L.* 5. Man vergl. auch Gesner nov. Lat. Ling. Thes. Tom. III. pag. 1059. h. v.

18) *Jos. Fern. de* Retes Miscellan. Lib. I. cap. 22. nr. 31. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 78.) Gmelin über

welche unserm Ulpian „die Frage unterlegen: Ob der, welcher ein Testament machen will, das 14te Lebensjahr wirklich, das heißt, nach der natürlichen Zeitberechnung, zurückgelegt, und bereits das 15te angetreten haben müsse, oder ob es hinreichend sey, wenn er nur den letzten Tag im 14ten Jahre angetreten hat, wo nach der Fiction der Civilberechnung das Jahr schon für vollendet angenommen wird? Ulpian, sagt man, habe nun diese Frage zuerst in Hinsicht auf den Geburtstag, der als natürlicher Tag mit dem Aufgang der Sonne nach der sechsten Stunde beginnt, und mit dem Niedergang der Sonne, d. h. mit der sechsten Abendsstunde sich endiget, zur Erörterung gebracht. Der Rechtsgelehrte entscheide ohne einigen Unterschied für die Gültigkeit des Testaments, auch wenn es noch mehrere Stunden vor der Stunde der Geburt errichtet worden wäre. Aber dabey bleibe er noch nicht stehen, er gehe noch weiter rückwärts. *Plus arbitror* etc. Die erste Periode für die Erörterung war der Geburtstag (dies natalis), also der natürliche Tag. Aber der bürgerliche Tag fing schon nach der sechsten Mitternachtsstunde an, und endigte sich erst mit der darauf folgenden Mitternachtsstunde. Indem nun der bürgerliche Tag durch das ununterbrochene Herkommen (more recepto) für die Bestimmung der mancherley Rechtsverhältnisse bey vorfallenden Handlungen des Lebens angenommen war, so unter-

Zeit und Zeitberechnung nach Röm. Rechtsprincipien. §. 17. (in dem critischen Archiv der neuesten jurid. Litteratur und Rechtspflege in Teutschland. 1. Band. (Tübingen 1801.) S. 607. ff.) und Unterholzner ausführl. Entwickelung der gesammten Verjährungslehre. 1. Bd. (Leipzig 1828.) §. 90. S. 305 ff.

lege er, statt des Geburtstages, den bürgerlichen Tag in seiner Beantwortung, und erkläre schon das Testament für gültig, das nicht erst am Geburtstage, nach der sechsten Stunde des Morgens, auch vor der Geburtsstunde, sondern das früher noch, nach der sechsten Mitternachtsstunde vom vorhergehenden Tage gemacht wurde."

Nach dieser Erklärung würde also das pridie Calendarum noch zum ersten Januar gehören, und die Zeit post primam horam noctis der Anfang desselben Tages seyn, welcher sich nach der Römischen Zeitberechnung mit der Mitternachtsstunde des folgenden Tages endiget. Ulpian hätte also denselben Tag, den 1sten Januar, in den dies naturalis und civilis eingetheilt [19]. Der natürliche Tag, welcher von Sonnenaufgang bis zum Sonnenuntergang berechnet wird, sey der Geburtstag. Werde das Testament an diesem Tage gemacht, wenn gleich noch vor der Geburtsstunde, so sey es gültig. Der bürgerliche Tag, welcher von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet wird, sey das *pridie Calendarum Januarii.* Idem ergo est dicere, post sextam horam noctis penultimi diei, sagt Retes, ac dicere in prima hora ultimi diei. Allein daß hier Ulpian an die natürliche Zeitberechnung gedacht haben sollte, widerstreitet dem ganzen Zusammenhange, und römischen Sprachgebrauche. Ulpian nennt ja die Calendae Januariae den Geburtstag, und bezeichnet diesen

19) Daß die Tage wirklich bey den Römern so eingetheilt wurden, lehrt CENSORINUS de die natali. Cap. XXIII. S. auch *Jo.* GOEDDAEI Commentar. rep. praelect. in tit. XVI. Libri L. Pand. de Verb. Signif. ad L. 2. § 1. h. t. pag. 65. sqq. (*Sigenae Nassovior.* 1597. 8.)

Tag als hinreichend, an welchem das Testament gültig errichtet werden könne; wie kann er also unter dem Geburtstage nur die Zeit von Sonnenaufgange bis zum Sonnenuntergange verstanden haben? Daß die Römer ihre Geburtstäge feyerlich mit jedem wiederkehrenden Jahre durch Glückwünsche, Libationen, Geschenke, Gastmähler beym anbrechenden Tage begingen [20]), beweißt ja noch nicht, daß dieses Gepränge froher und festlicher Handlungen den Geburtstag zu einem natürlichen Tage qualificirt habe, den die aufgehende Sonne herbeyführte, und die untergehende Sonne endigte; was die Römer mit dem Worte lux, die Tagezeit, bezeichneten. Daß aber der Geburtstag so gut, wie jeder andere Tag, ein dies civilis gewesen, der von Mitternacht zu Mitternacht gerechnet wurde, sagt Censorinus [21]) ausdrücklich: Ceterum Romani a media nocte ad mediam noctem diem esse existimaverunt. — — Idem significat, *quod qui a media nocte ad proximam mediam noctem*, *in his horis quatuor et viginti nascuntur*, *eundem* DIEM *habent* NATALEM. Eben dieses hatte auch, nach dem Bericht des Gellius [22]), schon längst *M.* VARRO *in libro rerum humanarum*, quem *de diebus* scripsit, gelehrt, wo er sagt: *Homines*, *qui ex media nocte ad proximam mediam noctem in his horis XXIV. nati sunt*, UNA DIE NATI DICUNTUR, welche Stelle man auch bey Macrobius [23]) findet. Gesetzt aber auch die Römer hätten

20) S. Gmelin angef. Abhdl. §. 9. S. 591. ff.

21) *De die natali. Cap. XXIII.* pag. 140. (edit LINDENBROG. *Cantabrigiae* 1695. 8)

22) *Noct. Atticar. Lib. III. Cap.* 2.

23) *Saturnal.* Lib. I. Cap. 3.

den Geburtstag für einen natürlichen Tag gerechnet, den die aufgehende Sonne herbeyführte, und die untergehende Sonne endigte, und das Vorrückeu desselben bestehe also in dem Zeitraume vor dem Sonnenaufgange, mit welchem der Geburtstag anfängt, wenn dieß nur in den sechs Nachtstunden geschahe, welche dem Anbruche des Geburtstages vorangehen; so würde wohl noch erst billig der Beweis darüber gefordert werden können, ob dieses auch hier der Sinn von pridie Kalendarum sey, nämlich daß darunter der Anfang des ersten Januars zu verstehen sey, mithin schon genüge, wenn man die Mitternacht vom 31. December auf den 1sten Januar erreicht habe. In diesem Sinne hat wenigstens kein einziger der Röm. Classiker den Ausdruck pridie Calendarum genommen, und eben so wenig unser Ulpian. Denn da die Calendae Januariae der Geburtstag selbst sind; so würde man ja dem Sprachgebrauche Gewalt anthun, wenn man den Anfang des ersten Januars noch dem pridie Calendarum beylegen wollte, weil davon schon vorhin die Rede gewesen war. Es kann also, wie auch aus einer ähnlichen Stelle[24]) Ulpians zu ersehen ist, das *pridie Calendarum post sextam horam noctis* nichts anders, als den Anfang des 31ten Decembers, mithin die zurückgelegte Mitternachtsstunde, in der Nacht vom 30sten auf den 31sten December, bezeichnen. Dieses Vorrücken der Testamentsmündigkeit ist freylich singulär, und Ulpian wich hier wohl von der bisherigen gemeinen Lehre ab, wenn er ein schon am 31sten December gemachtes Testament für gültig erklärte. Allein er läugnet es ja selbst nicht, sondern sagt es mit den

24) Man sehe die *L. 1. D. de Manumiss.* (XL. 1.) welche auch aus Ulpiani *libro VI. ad Sabinum* genommen ist.

Worten: Plus arbitror [25]), deutlich genug, daß er bey der von ihm erörterten Frage weiter gehe, und etwas Neues behaupte, weshalb er sich auch auf Marcians, seines Zeitgenossen, Auctorität beruft. Daß aber diese neue Lehre bey den meisten Juristen Beyfall gefunden haben müsse, zeigt das Wort Placuit, welches Ulpian in der *L.* 1. *D. de manumiss.* gebraucht hat. Das Resultat derselben geht also dahin, daß das complere nicht blos nach der bisherigen gemeinen Lehre der Juristen auf den diem natalem zu beschränken, so daß also nur ein *ipso natali die*, quarto decimo anno, vor dem wirklichen Eintritt der Geburtsstunde, mithin in dem Falle, den Ulpian hier zur Erläuterung vorträgt, am 1sten Januar, gemachtes Testament für gültig zu achten sey, sondern daß das complere, wie auch Marcian behauptet hatte, pridie Calendarum eintrete, und also sogar ein schon Tages vorher, nämlich am 31ten December, errichtetes Testament gültig sey [26]).

Da Ulpian in unserer Gesetzstelle blos von der Berechnung der Testamentsmündigkeit bey Mannspersonen handelt, so entsteht die Frage, ob bey den Frauenspersonen etwa die Testamentsmündigkeit nach einer

25) So drückt sich Ulpian gewöhnlich aus, wenn er von der gemeinen Meinung abging. S. *L.* 24. §. 7. *D. Soluto matrim. L.* 1. §. 22. *D. de collat. bon. L.* 11. §. 13. *D. Mandati. L.* 10. *D. de procurat. L.* 5. §. 1. *D de agnosc. et alend. liber. L.* 1. §. 8. *D. de inspic. ventre.*

26) Vergl. noch Kochs Bestätigung der Belehrungen über Mündigkeit zum Testiren rc. Giessen 1798. 8. und Weber zu Höpfners Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 62. Not. 8. S. 99. Die übrigen Schriften sind schon Th. 2. §. 130. S. 61. angeführt.

andern Zeitcomputation zu bestimmen sey? Schultes [27]) glaubt, daß man bey diesen die natürliche Zeitzählung beybehalten habe. Allein der Unterschied des Geschlechts hat auf die Zeitcomputation keinen Einfluß. Daß Ulpian das Beyspiel gerade auf das männliche Geschlecht gestellt hat, beweist wenigstens nicht, daß es bey dem weiblichen anders gehalten werden solle. Er wählte dieses Beyspiel, weil es interessanter war, denn gerade beym männlichen Geschlecht war der Eintritt der Pubertät streitig gewesen. Sollte bey den Frauenspersonen eine andere Zeitcomputation Statt finden, so hätte es Ulpian hier gewiß gesagt, wo er so bestimmt die eingetretene Periode der Mündigkeit, als nothwendige Bedingung für die Testamentserrichtung, nach allen dabey nur denkbaren Verhältnissen festsetzt. Auch Paulus [28]) macht keinen Unterschied zwischen Manns- und Frauenspersonen. Bey beyden braucht er den Ausdruck post annum — *completum*, und hier erklärt Ulpian, wie das *complere* zu verstehen sey. Die bürgerliche Zeitrechnung von Calendertag zu Calendertag, welche Ulpian hierbey zum Grunde legt, machte bey den Römern ohnehin die Regel aus [29]), die natürliche Computation ist Ausnahme von der Regel. Sie kann also nicht angenommen werden, wo sie nicht vorgeschrieben ist. Daß endlich dem weiblichen Geschlechte das Recht zu testiren

27) Bemerkungen über die Mündigkeit zum Testiren nach Röm. Rechte. (Jena 1800. 8.) §. 77. und 78. S. 72. f.

28) *Sentent. recept.* Lib. III. Tit. 4. A. §. 1.

29) S. den 3. Th. des Commentars §. 269. c. S. 585. und Schweppe angef. Abh. §. 4. Im jurist. Magazin 1. Bd. S. 123. f.

später ist eingeräumt worden, entscheidet nichts. Man hat daher mit Recht jene Meinung verworfen [30]).

Es war ehemals die Frage, wie bey zeugungsunfähigen Individuen, bey Spadonen und Kastraten, die Testamentsmündigkeit zu bestimmen sey? Hier waren die Sabinianer und Proculianer einverstanden, daß bey diesen die Mündigkeit nur nach den Jahren bestimmt werden könne. Eine andere Auskunft ließ sich hier nicht treffen, und doch konnte man die Festsetzung eines bestimmten Termins zum Behuf der Testamentifaction nicht umgehen. Man nahm daher bey ihnen ein Alter von 18 Jahren, als den Termin der vollen Pubertät [31]), an. So belehrt uns Paulus [32]):

Spadones eo tempore testamentum facere possunt, quo plerique pubescunt, id est, *anno decimo octavo* [33]).

Allein der Kaiser Constantius hat sie in einer Constitution an den Präfectus Prätorio Rufinus vom Jahre 352 den zeugungsfähigen, also den übrigen Mündigen gleichgesetzt, so daß sie folglich schon im 14ten Jahre testiren können [34]). Es ist *L.* 5. *C. Qui testam. fac. poss.* welche so lautet:

30) S. Gmelin a. a. O. S. 609. Not. a.

31) §. 4. *J. de adoption.* (I. 11.)

32) *Sentent. Receptar.* Lib. III. Tit. IV. A. §. 2. S. Dirksen Beyträge zur Kunde des R. R. 1. Abh. S. 55.

33) Die Aechtheit dieser Worte hat gegen die Zweifel des Petitus Observation. Lib. XI. cap. 7. ganz klar bewiesen *Ant.* Schulting in Jurispr. vet. Anteiust. ad h. loc. Pauli not. 5. pag. 339.

34) S. *Henr.* Salmuth in Commentar. ad *Guid.* Pancirolli

Eunuchis liceat facere testamentum, componere postremas exemplo omnium voluntates, conscribere codicillos salva testamentorum observantia. Dat. V. Kal. Mart. *Sirmii* CONSTANTIO A. V. et CONSTANTE C. Conss.

§. 1405.

Freyheit des Willens. Irrthum, Betrug, Zwang, Zudringlichkeit bey letzten Willensverordnungen.

Zur Errichtung eines Testaments wird nun auf Seiten des Testirers vorzüglich Freyheit des Willens erfordert. Nihil est enim, sagt Kr. Constantin in einem seiner Edicte [35], quod magis hominibus debeatur, quam ut supremae voluntatis liber sit stylus. Was also die Freyheit des Willens hindert, steht auch der Gültigkeit des Testaments entgegen. Ist daher ein Testament durch Betrug, oder Irrthum, oder Zwang hervorgebracht worden, so ist es in der Regel nichtig [36]. Denn hier fehlt es an einer *voluntatis nostrae* iusta sententia, es ist also so gut, als ob gar kein Testament wäre gemacht worden. Doch ist das Testament nicht

Rer. Memorabil. sive deperditar. Lib. II. Tit. 10. p. 194. (*Francof.* 1660. 4.) und *Ant.* SCHULTING c. l. not. 2.

35) *L.* 1. *C. de SS. Eccles.* (I. 2.)

36) *L.* 1. *C. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit.* (VI. 34.) *L.* 20. §. *ult. D. h. t. Ulr.* HUBER Praelect. ad Pand. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 2. *Jo. Ortw.* WESTENBERG Princip. iuris Rom. sec. ord. Dig. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 6. Westphal von Testamenten §. 30. Gans Erbrecht 2. B. Kap. 2. S. 161. f. von Hartitzsch Erbrecht. §. 15. und §. 412. von Wening-Ingenheim Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. Bd. V. Buch §. 454. S. 194. der 3. Aufl.

immer nichtig, es sind daher die einzelnen Fälle näher zu erörtern. Soviel

1) den Irrthum betrifft, so ist nicht jeder Irrthum der Gültigkeit des Testaments schädlich [37]. Der Irrthum kann sich nämlich auf mancherley Art äussern. Er kann a) die Person des Erben betreffen. Ein solcher Irrthum, sofern er blos in dem Namen [38] oder in der Beschreibung liegt, schadet an sich der Gültigkeit des Testaments nicht [39], wenn nicht daraus ein unauflösli-

37) S. *Hug.* Donellus Commentar. de iure civ. Lib. VI. cap. 21. §. 11 — 16. (Vol. III. pag. 470. sqq.) et Lib. VIII. Cap. 4. (Vol. IV. pag. 353. edit. noviss. *Norimb.* 1808. 8.) *Scip.* Gentilis Tr. de erroribus testamentorum a testatoribus ipsis commissis. (*Argentorati.* 1669. 8.) und von Wening-Ingenheim a. a. O. S. 193. f.

38) *L.* 4. *C. de testament.* (VI. 23.) Imp. Gordianus. Si in nomine vel praenomine, seu cognomine, seu agnomine, testator erraverit, nec tamen, de quo senserit, incertum sit, error huiusmodi nihil officit veritati. Justinian §. 29. *J. de legat.* (II. 20.) giebt den Grund an: Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest. S. Gentilis Cap. 1. und *Franc. Car.* Conradi Diss. de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine vel demonstratione heredis vel legatarii commissum. *Helmstadii* 1736. 4. §. X — XIII. Eben so wenig schadet es, wenn sich der Testator selbst aus Versehen einen falschen Namen gegeben hätte, wenn man nur weiß, Wer es ist? *L. ult. C. de heredib. instit.* (VI. 24.) S. Gentilis cit. Tr. Cap. 3.

39) *L.* 33. *pr. D. de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.) Marcianus *libro VI. Institutionum.* Falsa demonstratio neque legatario, neque fideicommissario nocet, ne-

cher Zweifel entsteht, Wen der Testator gemeint hat [40]. Aber der error in corpore hominis, wie sich Ulpian [41]) ausdrückt, d. h. wenn ein unrechter Erbe ernannt worden ist, macht immer das Testament ungültig, z. B. der Testator wollte den A. zum Erben einsetzen, und nannte aus Versehen den B. Hier bekommt keiner die Erbschaft. Denn den B. wollte er nicht einsetzen, und den A. hat er nicht eingesetzt. Eben so ist es, wenn der Testator denjenigen, welchen er zum Erben einsetzte, aus Irrthum für seinen Verwandten hielt [42]), den er sonst nicht ein-

que heredi instituto, veluti si fratrem dixerit, vel sororem, vel nepotem, vel quodlibet aliud: et hoc ita iuris civilis ratione, et constitutionibus divorum Severi et Antonini cautum est. S. Donellus Lib. VI. cap. 21. §. 15.

40) *L.* 62. §. 1. *D. de hered. instit.* (XXVIII. 5.) aus Modestinus *libro II. Pandectarum.* S. Conradi Diss. cit. §. XXVI — XXX.

41) *L.* 9. *pr. D. eodem.* Ulpianus *libro V. ad Sabinum.* Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit, *in corpore hominis errans*, veluti frater meus, patronus meus, placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est. S. Donellus Lib. VI. Cap. 21. §. 12.

42) *L.* 4. *C. de heredib. instit.* (VI. 24.) Imp. Gordianus A. *Ulpio.* Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus, suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subditus esse ostensus est: auferendam ei successionem, divorum Severi et Antonini placitis continetur. Es versteht sich, daß die Worte auferendam ei successionem hier keineswegs soviel sagen, als ob der Fiscus

gesetzt haben würde [43]). Der Irrthum kann b) auch die Beweggründe betreffen. Ein solcher Irrthum macht bey Testamenten immer eine Ungültigkeit, wenn ohne denselben die Disposition unterblieben wäre [44]). Die Erbschaft fällt hier an diejenigen, welche Erben geworden wären, wenn keine andere Erben wären eingesetzt worden. Jedoch müssen die im Testament angeordneten Vermächtnisse bezahlt werden, denn nur die Erbeinsetzung, nicht aber die Legata gründeten sich auf einen Irrthum [45]). Folgende Gesetzstellen werden dieses bestätigen.

L. 14. §. 2. *D. de liberis et postum.* (XXVIII. 2.) Africanus *libro IV. Quaestionum.* Si quis ita scripserit: *ille, quem scio ex me natum non esse, exheres esto;* hanc exheredationem ita nullius mo-

die Erbschaft einziehen könne, sondern die Erbschaft muß denen herausgegeben werden, an welche sie ohne Testament gefallen seyn würde. S. *L.* 5. *C. de testament.* (VI. 23.) und Donellus Lib. VI. Cap. 21. §. 14.

43) Ein Anders ist, wenn der Testator den Erben wissentlich seinen Bruder genennt hätte, der es doch nicht ist, blos weil er ihn wie seinen Bruder liebte. *L.* 58. §. 1. *D. de heredib. instit.* (XXVIII. 5.) Quinctilian. *Declamat. CCLXXI.* S. Donellus c. l. §. 15. *Rad.* Fornerius Rer. Quotidian. Lib. V. cap. 27. (in *Th. J. R. Otton.* Tom. II. pag. 278.) und Gentilis Cap. I. pag. 7. sq.

44) S. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 789. Hufeland Lehrbuch des gemein. Civilrechts. 2. Bd. §. 1087. von Wening-Ingenheim Lehrbuch 2. Bd. V. Buch. §. 454. S. 193. und von Hartitzsch Erbrecht. §. 412.

45) S. *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. XX. Err. 9. und Westphal von Testamenten. §. 29. S. 20.

menti esse ait, si probetur ex eo natus: non enim videri quasi filium exheredatum esse, cum elogium pater, cum filium exheredaret, proposuisset, et adiecisset propter eam causam exheredare: probaturque patrem circa causam exheredationis errasse [46].

L. 28. *D. de inoff. testam.* PAULUS *libro singulari de septemviralibus iudiciis.* Cum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset, *Divus* HADRIANUS decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates et legata praestentur. Hic illud adnotatum [47], quod de libertatibus et legatis adiicitur: nam cum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet [48].

L. 92. *D. de heredib. instit.* PAULUS *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libris sex primo, seu Decretorum libro secundo* [49].

46) Die Lesart ist hier verschieden. Haloander liest so: quandoquidem elogium pater, cum filium exheredare proposuisset, adiecerit, propter quam eum causam exheredaret: probeturque etc. Ihm ist BECK in seiner Ausgabe des Corp. iur. civ. gefolgt. BAUDOZA liest hingegen: cum elogium paternum filium exheredare proposuisset, et adiecisset, eum propter eam causam exheredare, quia probatur, patrem etc. *Elogium* ist soviel als causa exheredationis, und wird hier pro convitio genommen. S. *Jac.* CUJACIUS ad African. Tract. IV. ad h. L. und BRISSONIUS de Verb. Sign. voc. *Elogium.*

47) Die Glosse liest adnotandum. Eben so Baudoza.

48) Man vergleiche hier den 7. Theil des Commentars. §. 551. Not. 98. S. 517. f.

49) Es erhellet aus dieser Inscription, daß die *Imperiales Sententiae*, und die *libri Decretorum* des Paulus nicht

Pactumeius Androsthenes *Pactumeiam Magnam*, filiam *Pactumeii Magni* ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. Pactumeio Magno occiso[50]), et rumore perlato, quasi filia quo-

ein und dasselbe Buch, sondern zwey verschiedene Werke gewesen sind, wie besonders Bluhme über die Ordnung der Fragmente in den Pandecten §. 12. Not. 30. f. (in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtswissenschaft Band IV. S. 313. f.) gegen Cujaz Observat. II. 26. gezeigt hat.

50) Der Kaiser Commodus, wie sein Biograph Lampridius Cap. 7. erzählt, hatte nämlich diesen Pactumejus Magnus noch mit 6 andern Consularen hinrichten lassen. Aus Furcht vor dem Tyrannen hielt sich seine Tochter versteckt, und kam erst unter dem Kaiser Severus wieder zum Vorschein. Pactumejus Androsthenes, vielleicht ihr Oheim, hatte sie in seinem Testament zur Universalerbin eingesetzt, und ihr ihren Vater substituirt. Da sie nichts von sich hören ließ, so glaubte der Testator, sie wäre auch todt, änderte sein Testament, und setzte den Novius Rufus zum Erben ein. Dieß ist der eigentliche Name dieses Erben, wie aus Spartianus *in Severo* Cap. 13. erhellet, nicht *Nonius*, wie einige Ausgaben z. B. Stephanus und Baudoza lesen. Die Pactumeja Magna focht das Testament an, und supplicirte vermuthlich gegen die Sentenz des Praefecti praetorio, weil gegen eine solche Sentenz kein anderes Rechtsmittel Statt hatte, (*L.* 1. *C. de sententiis Praefector. Praet.* VII. 42.) an die Kaiser Septimius Severus und Antoninus Caracalla, (Imperatores nostros) und erwirkte das hier angegebene günstige Decret. Man vergleiche zur Geschichte dieses Gesetzes *Guil.* Panciroli Thes. variar. Lection. utriusq. iuris. (*Lugduni* 1617. 4.) Lib. II. Cap. 62. pag. 243. besonders *Em.* Merillius Observation. Lib. II. cap. 23. und Zepernick Diatr. de iudicatis centum-

que eius mortua, mutavit testamentum, NOVIUMQUE RUFUM heredem instituit, hac praefatione: *quia heredes, quos volui habere mihi, continere non potui*, NOVIUS RUFUS *heres esto*, PACTUMEIA MAGNA supplicavit Imperatores nostros, et cognitione suscepta, licet modus institutioni contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit Imperator ei subveniendum: igitur pronuntiavit, hereditatem ad MAGNAM pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.

Soviel hiernächst

2) die Wirkung des Zwangs und Betrugs bey Testamenten anlangt; so sind hierüber die Meinungen der Rechtsgelehrten sehr verschieden. Ein Theil[51]) behauptet, Zwang und Betrug bewirke nach dem Röm. Recht keine Nichtigkeit des letzten Willens, sondern der Fiscus entziehe dem Erben, als einem Unwürdigen, die

viral. adj. SICCAMA libro de iudicio centumvir. a Se edito pag. 366.

51) *Jac.* CUJACIUS Paratitl. ad Tit. Cod. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit. (VI. 34.) *Franc.* DUARENUS Comm. in Tit. eund. Pand. Cap. 3. (*Oper.* pag. 476. sq.) *Guil.* MARANUS Paratitl. ad eundem tit. Digestor. XXIX. 6. *Jo. Jac.* WISSENBACH Exercitat. ad Pand. P. I. Disp. LIX. Th. 11. *Jo.* VOET Comm. ad Pand. Tom. II. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 1. *Bern. Henr.* REINOLDUS Varior. Cap. VIII. (in *Opusc.* a JUGLERO edit. pag. 86.) Schweppe Röm. Privatrecht. §. 789. Just. Claproth Abh. von Testamenten und Codicillen §. 56. Nr. 3. S. 223.

Vortheile der unerlaubten Handlung. Sie berufen sich auf die Verordnung des Kaisers Alexander, nämlich *L. 1. C. Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit* (VI. 34.) welche des Inhalts ist:

Civili disceptationi crimen adiungitur, si testator non sua sponte testamentum fecit, sed compulsus ab eo, qui heres est institutus, vel a quolibet alio, quos noluerit, scripsit heredes.

Man glaubt ferner von dem Falle, da Jemand den Erblasser gehindert hat, ein Testament zu machen, in welchem nach einer Verordnung des Divus Hadrianus die Erbschaft vom Fiscus eingezogen werden kann [52]), auf den andern, da ihn Jemand durch Zwang oder Betrug zur Errichtung eines Testaments vermocht hat, darum mit Grund schließen zu können, weil in der Rubrik des Titels *si quis aliquem testari prohibuerit, vel coegerit*, sowohl in den Pandecten als im Codex, beyde Fälle ausdrücklich mit einander verbunden werden. Allein diese Meinung läßt sich aus den angeführten Gründen nicht rechtfertigen. Denn Erstens sagt die angeführte Verordnung des Kaisers Alexander kein Wort davon, daß die Erbschaft an den Fiscus verfallen solle. Der gegen den Testator verübte Zwang ist allerdings ein crimen, welches die lex Julia oder Cornelia ahndet, und es ist billig, daß dem in dem erzwungenen Testament eingesetzten Erben, als einem Unwürdigen, die Erbschaft entrissen werde, welche er auf eine so widerrechtliche Art an sich zu bringen gesucht hat. Allein deswegen hat der Fiscus kein Recht, dieselbe einzuziehen. Die Strafe würde ja sonst die unschuldigen Erben tref-

52) *L. 1. D. Si quis aliquem test. prohib.* (XXIX. 6.)

sen, denen die Erbschaft durch das erzwungene Testament hat entrissen werden wollen. Wer kann diesen zumuthen eine vielleicht vergebliche, und noch dazu so gehäßige und beschränkte Klage, wie die actio de dolo ist, welche man ihnen gestatten will, oder eine so unsichere Klage, als die actio in factum ist, auf das Interesse, dessen Beweis ohnehin mit so viel Schwierigkeiten verbunden ist, wider denjenigen anzustellen, der sie durch Betrug oder Zwang gegen den Erblasser um die ihnen mit Recht gehörige Erbschaft gebracht hat? Wozu eine Interessenklage, wo die Forderung selbst noch Statt finden kann? Es folgt hiernächst Zweytens gar nicht nothwendig, daß wenn die Erbschaft dem Erben, als einem Unwürdigen, entrissen wird, der Fiscus eintreten müsse. Ein Anders lehrt selbst Justinian in der besonders hier entscheidenden *L. un.* §. 12. *Cod. de caducis tollendis* (VI. 51.) wenn er daselbst sagt:

Quae autem antiquis legibus dicta sunt de his, *quae ut indignis auferuntur*, et nos simili modo intacta servamus, sive in nostrum fiscum, sive *in alias personas* perveniant.

Diese *aliae personae* sind offenbar keine andern, als diejenigen, welche die Erbschaft bekommen haben würden, wenn der Erblasser nicht durch Betrug oder Zwang zur Errichtung eines Testaments wäre veranlaßt worden. Dann ist auch Drittens der Schluß, weil der Fiscus die Erbschaft einzieht, wenn Jemand den Erblasser verhindert hat, ein Testament zu machen, oder zu ändern, so müsse er auch dieses Recht haben, wenn Jemand denselben zur Errichtung eines Testaments gezwungen hat, ist ganz unrichtig. Denn eines Theils

sagen es die Gesetze selbst, es solle, wo es bona ereptitia gilt, keine ausdehnende Erklärung Statt finden, und man begehe kein Verbrechen, wenn man geradezu gegen den Fiscus spricht. Non puto delinquere eum, sagt Modestinus *libro singulari de praescriptionibus* [53]), qui in dubiis quaestionibus *contra fiscum* facile responderit; andern Theils ist aber auch der Fall, wo die Gesetze dem Fiscus die Erbschaft zusprechen, von dem unsrigen ganz verschieden. Denn in jenem Falle, da der Erblasser an der Errichtung eines Testaments gehindert worden ist, weiß man ja nicht, Wen der Testator hat zum Erben einsetzen wollen, denn wollte der Erblasser ein Testament machen, so sollte entweder die Intestaterbfolge nicht eintreten, oder das vorige Testament sollte nicht mehr gelten. Es ist also nun völlig ungewiß, Wer eigentlich sein Erbe hat werden sollen; daher machen hier die Gesetze den Fiscus zum Erben. Hatte aber der Erblasser gar nicht die Absicht, ein Testament zu machen, so wollte er, daß es entweder bey der gesetzlichen Erbfolge, oder bey dem schon errichteten Testamente verbleiben solle; und den rechtmäßigen, nach dem Willen des Erblassers berufenen, Erben sollte der Fiscus auch die Erbschaft entreißen dürfen? Welche offenbare Ungerechtigkeit! Aus diesen Gründen ist daher jene Meinung schon längst verworfen worden [54]).

53) *L.* 10. *D. de iure fisci.* (XLIX. 12.)

54) S. *Frid. Es. a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 10. §. 5. *Christ. Henr. Gottl.* Koechy Commentat. de testamento vi metuve extorto. *Lipsiae* 1800. 4. §. 7. und Gebr. Overbeck Meditationen über verschiedene Rechtsmaterien. 9. Bd. Medit. 459.

Andere [55]) hingegen halten das gegen den Willen des Erblassers durch Zwang oder Betrug hervorgebrachte Testament für ipso iure und durchaus nichtig, die Erbschaft könne daher der Fiscus nicht einziehen, sondern sie falle an die Intestaterben, oder an den in einem vorhandenen gültigen Testamente eingesetzten Erben. Noch andere [56]) halten nur die Erbeinsetzung für nichtig, hätte aber der Erblasser dem erzwungenen Testamente noch freywillig Legate beygefügt, so seyen diese an sich nicht ungültig, quia utile per inutile vitiari non debet. Von allen diesen weicht Anton Faber [57]) ab, welcher einen Unterschied macht, ob der Betrug oder Zwang bey der Testamentshandlung selbst vorgegangen ist, oder vor der

55) *Ulr.* Huber Praelect. ad Pand. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 2. *Jo. Ad.* Kurrer Diss. de testamento coacto. *Tubingae* 1682. 4. Th. XXIX. sqq. *Sam. de* Cocceji iur. civ. controv. Tom. II. Tit. Si quis aliquem testari prohib. vel coeg. Qu. I. et II. *Jo. Ortw.* Westenberg Princ. iuris sec. ord. Dig. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 6. *Jo. Gottl.* Heineccius Elem. iur. civ. sec. ord. Pand. ibid. P. V. §. 114. Ernst Christ. Westphal von Testamenten §. 30. *Car. Frid.* Walch Introd. in controv. iuris civ. Sect. II. Cap. IV. Membr. III. §. 18. *Jo. Ern. Just.* Müller Observation. pract. ad *Leyserum.* Tom. IV. Obs. 578. nr. II. pag. 76. von Wening-Ingenheim Lehrb. des gemein. Civilrechts. 2. Bd. IV. Buch §. 454. S. 192. u. a.

56) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. V. Def. 9. et 17. Lauterbach Colleg. th. pract. Pand. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 7. 8. et 11. *Aug. a* Leyser Meditat. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 9.

57) *Ant.* Faber de Errorib. Pragmaticor. Decad. XXXVIII. Err. 3. 4. et 5.

Errichtung des Testaments. In jenem Falle sey das Testament ipso iure, und also ganz ungültig, nicht aber im letzten Falle, hier werde ihm die Erbschaft, als einem Unwürdigen, vom Fiscus entrissen, und dieser müsse denn auch die Legate prästiren. Uebrigens finde gegen den Fiscus keine Regreßklage Statt, wenn etwa die gesetzlichen Erben, die durch das erzwungene Testament um die ihnen gebührende Erbschaft wären gebracht worden, von demjenigen, welcher den Erblasser durch seine unerlaubte Handlung zur Testamentserrichtung vermochte, keine Entschädigung erhalten hätten. Allein der Ungrund dieser Meinung ist schon von Andern [58]) hinlänglich dargethan worden. Die richtigere Meinung ist unstreitig, wenn man folgende Fälle unterscheidet.

1) Es ist durch Betrug oder Zwang nur ein Theil des Testaments veranlaßt worden. Hier ist nicht das ganze Testament nichtig, sondern nur der Theil desselben, der durch Betrug oder Zwang hervorgebracht worden ist, wird für nicht geschrieben gehalten, alles Uebrige bleibt gültig [59]).

L. 2. §. 7. *D. de bonor. possess. sec. tabulas.* (XXXVII. 11.) Ulpianus *libro XLI. ad Edictum.* Si consulto sit inductum nomen heredis, indubitanter probatur, bonorum possessionem petere eum non posse, quemadmodum non potest, qui heres

58) S. Kurrer Diss. cit. de testamento coacto. Th. 31. et 32. Dav. Ge. Struben rechtliche Bedenken. 3. Th. Bed. 78. und Westphal von Testamenten §. 30.

59) S. Hofacker Princip. iuris civ. R. G. Tom. II. §. 1617. (edit. *secund. Tübingae* 1801.) u. Köchy Commentat. cit. §. 9.

scriptus est non consulto testatore: *nam pro non scripto est, quem scribi noluit* [60]).

Ob der Betrug oder Zwang von dem eingesetzten Erben selbst, oder von einem Dritten, mit oder ohne Wissen des Honorirten, geschehen ist, macht keinen Unterschied.

2) Das ganze Testament ist durch Betrug oder Zwang veranlaßt worden, hier ist das ganze Testament nichtig, sofern sich der ganze Inhalt desselben in unerlaubtem Zwange oder listiger Ueberredung gründet, und die Erbschaft fällt an die Intestaterben.

3) Hat von mehreren Intestaterben Einer, oder haben mehrere den Erblasser durch List oder Zwang vermocht, sie allein zu Erben einzusetzen; so behaupten zwar mehrere Rechtsgelehrten [61]), daß der Antheil der Erbschaft, den sie ab intestato erhalten haben würden, ihnen, als Unwürdigen, vom Fiscus entrissen werde. Eben dieses sey auch der Fall, wenn der in dem ersten Testament ernannte Erbe den Testator genöthiget hätte, ein anderes Testament zu machen, um einen größeren Erbtheil zu gewinnen. Hier ziehe der Fiscus den im ersten Testament dem Unwürdigen hinterlassenen Erbtheil ein. Allein beyde Meinungen sind ungegründet. Es ist kein

60) Man vergleiche noch *L. 1. D. de his, quae pro non scriptis habentur.* (XXXIV. 8) S. PUFENDORF Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 10. §. 5.

61) *J. H.* BOEHMER Introd. in ius Dig. Lib. XXIX. Tit. 6. §. 2. *Mich. God.* WERNHER lectiss. Commentation. in Pand. eod. lib. et tit. §. 2. HOFACKER c. l. MALBLANC Princip. iuris Rom. P. III. §. 689. KOCHY Comment. cit. §. 9. pag. 27.

einziges Gesetz aufzuweisen, welches den Fiscus hierin begünstiget. Die Gesetze [62]), aus denen man argumentirt, gehören offenbar nicht hierher, sie reden blos von dem Falle, wenn Jemand den Erblasser an der Errichtung oder Aenderung seines Testaments verhindert hat, welcher von dem Falle, da der Erblasser zur Errichtung eines Testaments wider seinen Willen genöthiget worden, so gar verschieden ist, daß sich, wie bereits oben gezeigt worden, von jenem auf diesen durchaus kein gültiger Schluß machen läßt. Billig verdient daher die Meinung derjenigen [63]) den Vorzug, welche in diesen Fällen das Accrescenzrecht eintreten lassen.

Ungestümes Zudringen und unablässiges Bitten, wodurch der Erblasser gegen seinen Willen zur Errichtung eines Testaments bestimmt wurde, werden, besonders bey kranken und reitzbaren Personen, einem Zwange gleichgeachtet. Dieses ist wenigstens die gemeine Mei-

62) *L.* 1. *pr. D. Si quis aliquem testari prohibuer. vel coeg.* Ulpian. Qui, dum captat hereditatem legitimam vel ex testamento, prohibuit testamentarium introire, volente eo facere testamentum vel mutare, divus Hadrianus constituit, denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus, fisco locum fore. — *L.* 2. *C. eodem.* Impp. Diocletian. et Maximian. Eos, qui ne testamentum ordinaretur, impedimento fuisse monstrantur, velut indignas personas a successionis compendio removeri, celeberrimi iuris est.

63) Kurrer Diss. de testamento coacto. Th. XXXIII pag. 45. Lynker Diss. de bonis ereptitiis. §. 30. und *a* Pufendorf Observation. iuris univ. Tom. II. Obs. 10. §. 6. Man vergleiche auch meine Erörterung der Lehre von der Intestaterbfolge. §. 30. S. 113.

nung der Rechtsgelehrten [64]). Das Gegentheil wollen zwar Fried. Gottl. Zoller [65]), Carl Ferd. Hommel [66]), und Adolph Diet. Weber [67]) behaupten. Allein die hier gewöhnlich eintretende Schwierigkeit des Beweises macht die Richtigkeit des Rechtssatzes selbst nicht wankend. Blose Liebkosungen, Bitten, und Schmeicheleyen, sofern sie mit keinen arglistigen Ueberredungen verbunden sind, stehen der Gültigkeit des Testaments nicht im Wege, denn sie heben die Freyheit des Willens nicht auf [68]). Es gehört hierher die merkwürdige Ver-

64) CARPZOV Jurispr. for Part. III. Const. V. Def. 9. *Jo. a* SANDE Decision. Lib. IV. Tit. 1. Defin. 11. Nr. II. Oper. pag. 141. (edit. *Groning.* f.) WERNHER Select. Observat. for. Tom. I. P. II. Obs. 408. LEYSER Meditation. ad Pand. Vol. VI. Specim. CCCLXXV. medit. 8. KURRER cit. Diss. Th XV. et XVI. Westphal von Testamenten. §. 31. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen §. 442. Hufeland Lehrb. des gemeinen oder subsidiar. Civilrechts. 2. Bd. §. 1086. Not. 2. von Wening Ingenheim Lehrbuch 2. Bd. V. Buch. §. 454. S. 194. der 3. Aufl. von Hartitzsch Erbrecht. §. 412. u. m. a.

65) Diss. Quaestion. cont. Utrum testamentum importunis sollicitationibus factum valeat? *Lipsiae* 1768.

66) Rhapsod. Quaest. for. Vol. III. Obs. 428.

67) Zu Höpfners Commentar §. 442. Not. 1. und Desselben Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1405. S. 216.

68) *Hartm.* PISTORIS Quaestion. iuris. Lib. I. Quaest. 29. *Jo. a* SANDE c. l. CARPZOV. c. l. Def. 7. LAUTERBACH Colleg. th. pr. Pand Lib. XXIX. Tit. 6. § 2. KURRER cit. Diss. Th. XIII. et Th. XIX. *a* PUFENDORF Observat. iur. univ. Tom. II. Obs 10. § 7. Westphal a. a. O. KOECHY cit. Commentat. §. 4. von Bülow und Hagemanns practische Erörterungen aus allen Theilen der

ordnung der Kaiser Diocletian und Maximian, welche an den Eutychides auf folgende Art rescribirt haben:

Judicium uxoris postremum in se provocare *maritali sermone*, non est criminosum.

So lautet die *L.* 3. *C. Si quis aliquem testari prohib. vel. coegerit.* Dat. V. Kal. Januar. CC. Conss. 293.

Es mag wohl freylich zuweilen wahr seyn, was Juvenal [69]), um seinem Freunde, Ursidius Posthumus, das Heyrathen zu verleiden, in folgenden Versen besingt:

Semper habet lites alternaque iurgia lectus,
In quo nupta iacet: minimum dormitur in illo.

Allein dieß ist wohl nicht der sermo maritalis, von dem hier die Kaiser sprechen. Denn durch Zank und Streit würde sich der Mann wohl nicht leicht einen Platz im Testamente seiner erzürnten Gattin verschaffen. Nein, es ist, was Ovidius [70]) empfiehlt, um das weibliche Herz zu gewinnen:

Sit tibi credibilis sermo, consuetaque verba:
BLANDA *tamen.*

Maritalis sermo ist also hier soviel als blandus sermo, blanditiae maritales, wie auch Cujaz [71]) ganz richtig

Rechtsgelehrsamkeit. Bd. IV. Erört. 27. Schweppe Röm. Privatrecht. §. 789. HOFACKER Princ. iur. civ. Tom. II. §. 1618. Thibaut System des Pandectenrechts. 2. B. §. 798. Gans Erbrecht. 2. B. S. 161. f. u. a.

69) *Satyr. VI.* v. 267. *et* 268.

70) *Art. amator.* Lib. I. v. 469.

71) Comment. in Libr. XV. Respons Papiniani ad L. ult. D. Si quis aliq testari prohib. (*opp. postum.* Tom. I. pag. 581.)

diesen Ausdruck erklärt hat. Durch solche eheliche Liebkosungen und Schmeicheleyen die Frau zu gewinnen, daß sie zu Gunsten des Mannes testire, oder das zu seinem Gunsten gemachte Testament nicht wieder ändere, ist dem Manne erlaubt, und solche Schmeicheleyen und Liebkosungen machen das Testament nicht ungültig, wenn nur dem Manne kein Betrug noch Zwang dabey zur Last fällt. Dieß sagt auch Papinian *libro XV. Responsorum* [72].

Virum, qui non per vim, nec dolum, quo minus uxor contra eum mutata voluntate codicillos faceret, intercesserat, sed, ut fieri assolet, offensam aegrae mulieris *maritali sermone* placaverat, in crimen non incidisse respondi, nec ei, quod testamento fuerat datum, auferendum.

Dem maritalis sermo wird hier ausdrücklich vis und dolus entgegengesetzt. Struben [73] tadelt daher mit Recht den sonst trefflichen Crell [74], welcher über die L. 3. D. cit. eine eigene Dissertation geschrieben hat, wenn dieser behaupten will, daß unter dem sermo maritalis auch

72) *L. 3. D. Si quis aliquem test. prohib. vel coeg.* (XXIX. 6.)

73) Rechtliche Bedenken 3. Th. Bed. 78.

74) *Christph. Lud.* Crell Observatioues ad L. 3. D. si quis aliq. test. prohib. de sermone maritali cum uxore testamenti faciendi causa. *Vitembergae* 1739. 4. (in Eius *Dissertation. et Programm.* Fasc. V. nr. XL.) Ihm scheint Joh. Christ. von Quistorp in den rechtlichen Bemerkungen. 1. B. Nr. IX. S. 68. f. nicht Unrecht zu geben.

wohl eine severa increpatio begriffen sey, qua maritus intercedit, ne uxor sibi adimat hereditatem; ja sogar soweit geht, daß wenn es auch vom Schelten zu Schlägen gekommen wäre, und die Frau aus Furcht vor fernerer dergleichen Behandlung zu Gunsten des Mannes testirt hätte, ein solches Testament doch nicht für ungültig zu halten sey, wenn nur die Frau nicht unmittelbar bey der Errichtung des Testaments selbst mit Schlägen wäre behandelt worden. Denn soweit geht doch gewiß die Ehrfurcht nicht, welche die Gesetze [75]) der Frau gegen den Ehemann gebieten, daß sie sich eine solche Behandlung von ihrem Manne müßte gefallen lassen. Der metus reverentialis darf sich nicht auf Drohungen oder Gewalt gründen [76]). Es paßt daher nicht hierher, wenn die Gesetze [77]) sagen, daß eine Handlung, welche durch einen bloßen metus reverentialis ist veranlaßt worden, für keine unfreywillige zu halten sey. Auch darauf, ob der Zwang vor oder bey der Testamentshandlung verübt worden ist, kommt nichts an. Vielleicht können auch hier die Basiliken [78]) etwas zur Erläuterung und Bestärkung des Gesagten beytragen. In diesen lautet die Stelle folgendermassen:

Ἐὰν τις ἀνὴρ ἂν διαλεχθῇ τῇ γυναικὶ, καὶ πείσῃ αὐτὴν γράψαι αὐτὸν κληρονόμον, οὐ δοκεῖ ἀνάγκην αὐτῇ ἐπιτιθέναι. i. e. *Si maritus quis sermocinatus sit cum uxore, et ipsi persuaserit,*

75) *L.* 14. §. 1. *in fin. D. Soluto matrim.*

76) S. den 4. Th. dieses Commentars. §. 300. S. 171.

77) *L.* 22. *D. de ritu nupt.* *L.* 6. *C. de his, quae vi metusve causa gesta sunt.*

78) Tom. IV. Lib. XXXV. Tit. 4. Const. 4. pag. 780. (edit. *Fabroti.*)

ut eum heredem scriberet, non videtur eam compulisse.

Der hier gebrauchte Ausdruck πείσῃ von πείθω bestärkt vorzüglich die angenommene Erklärung von sermo maritalis, und widerlegt die Crellische. Denn das griechische Verbum πείθειν τινα bedeutet soviel, als Jemanden durch Vorstellungen, Bitten, und gute Worte bewegen oder gewinnen [79]. Es ist nun zwar in beyden Gesetzen blos vom Manne die Rede, der durch Liebkosungen die Frau bestimmt hat, ihn im Testamente zu begünstigen, das Nämliche aber würde auch ohne Zweifel gelten, wenn im umgekehrten Falle die Frau durch Schmeicheleyen, wie sie unter Ehegatten gewöhnlich sind, also ohne Arglist, den Mann veranlaßt hätte, zu ihrem Gunsten zu testiren. Denn daß es hier anders seyn sollte, dazu ist kein Grund vorhanden, zumal da argumenta a contrario bekanntlich bey der Erklärung kaiserlicher Rescripte eben so wenig, als bey den Fragmenten der Pandecten Statt finden, welche aus den libris Responsorum eines Römischen Juristen genommen sind [80]. Warum sollte man auch nicht eben so gut die freundliche Unterredung der Frau mit dem Manne einen maritalis sermo nennen können, da Papinian [81] mit dem Namen *mariti* beyde Ehegatten bezeichnet, und die Kaiser Valerianus und Gallienus [82] auch der Frau

79) S. Passow griechisch. Handwörterbuch v. πείθω.

80) S. Eckhardi Hermeneut. iuris. Lib. I. §. 221. und meine Einleitung in das Studium des Röm. Priv. R. §. 10. S. 66.

81) *L. 52. §. 1. D. de donat. inter vir. et uxor.*

82) *L. 5. C. de institut. et substitut.* (VI. 25.)

concordiam maritalem empfehlen? Aber streitig ist es, ob das, was die Gesetze von ehelichen Schmeicheleyen und Liebkosungen verordnen, auch auf andere Personen angewendet werden könne, welche in keinem ehelichen Verhältniß zu einander stehen? Dieses wollen mehrere Rechtsgelehrten [83]) läugnen. Allein nicht sowohl das eheliche Verhältniß kommt hier in Betrachtung, als vielmehr Freyheit des Willens. Wird diese durch Bitten und Schmeicheleyen nicht aufgehoben, so ist auch gegen die Gültigkeit des dadurch veranlaßten Testaments nichts einzuwenden [84]).

Uebrigens versteht sich's, daß wenn die Gültigkeit eines Testaments aus dem Grunde bestritten wird, weil das Testament durch Drohungen, Zwang oder arglistige Ueberredungen, und betrügerische Verstellungen veranlaßt worden sey, der Beweis von dem geführt werden müsse, der dieses behauptet. Die Beweismittel sind die gewöhnlichen, daher findet hier auch Eidesantrag Statt, der Eid muß nur auf besondere Thatumstände, welche Zwang oder Betrug zu erkennen geben, gerichtet werden [85]). Da jedoch Zwang und Betrug gemeiniglich im

83) *Bern. Henr.* REINOLDUS Varior. Cap. 8. (in Opusc. *a Juglero* edit. pag. 84—92.) und *Jo. Gothofr.* FUNCKLER Diss. de testamento, quod quis blanditiis invitatus condidit, invalido. *Lipsiae* 1774. 4.

84) Man vergleiche noch *Sam.* STRYK Diss. de iure blanditiarum. Cap. IV. (*Francof. ad Viadr.* 1672. et Volum. II. Dissertation. iunct. editar.).

85) KURRER Diss. cit. de testam. coacto. Th. XXIV. *Jo. Jac.* HOEFLER Exerc. iurid. de licita iurisiurandi iudicialis delatione super facto illicito, et speciatim libertatem testandi impediente, moderat. *Ge. Frid.*

Geheimen vorgehen, und daher der Beweis mit vielen Schwierigkeiten verbunden zu seyn pflegt; so werden hier auch Vermuthungen, und künstliche Beweismittel zugelassen [86]). Ein vorzügliches Gewicht wird jedoch dem Beweise beygelegt, der vom Testator selbst ausgeht, wenn dieser vor glaubwürdigen Zeugen mit Angabe aller näheren Thatumstände versichert hat, daß er zu dem Testamente, welches er errichtet hat, auf eine unerlaubte Art genöthiget worden sey, und solches nur darum gemacht habe, um sich nicht ferneren Mißhandlungen auszusetzen; oder auch dasselbe bey Errichtung seines Testaments erklärt hat [87]).

§. 1406.

Kann die Verfügung über den Nachlaß der Bestimmung eines Dritten überlassen, oder in den Willen eines Andern gestellt werden?

Das Wesen des Testaments ist, daß das testirende Individuum nicht nur selbst wolle, sondern auch bestimmt erkläre, Wer nach seinem Tode sein Erbe seyn solle. Nam testamentum vires per institutionem he-

Deinlino def. *Altorfii* 1739. *Jo. Balth. a* Wernher Select. Observation. for. Tom. I. Part. I. Obs. 192. *a* Leyser Meditation. ad Pand. Vol. VI. Spec. CCCLXXV. Medit. 35. et 36. *Tob. Jac.* Reinharth Select. Observation. ab *Christinaei* Decision. Vol. III. Obs. 3.

86) Kurrer cit. Diss. Th. XXII. in fin. Hofacker Princ. iuris civ. Tom. II. §. 1619. Malblanc Princip. iur. Rom. Part. ult. §. 689. und Thibaut Syst. des Pand. Rechts. 2. B. §. 798. a. E.

87) Carpzov Jurispr. for. P. III. Const. V. Definit. 12. Kurrer cit. Diss. Th. XXIII. und Hofacker Princip. iur. civ. Tom. II. §. 1619. in fin.

redum accipit, sagt Papinian *libro XV. Quaestionum* [88]. Der Testator kann also weder den Inhalt des Testaments der Bestimmung eines Dritten überlassen, so daß dieser die zu Honorirenden ernennen soll; denn er würde sich ja seines Willens entäussern, das Testament würde nicht *suae voluntatis* sententia, sondern eine voluntas *aliena* seyn; noch auch die Erbeinsetzung geradezu von eines andern Willkühr abhängig machen, so daß ein Dritter in die von dem Testirer geschehene Ernennung des Erben einwilligen soll. Denn auch hier hat der Testator seinen eigenen Willen aufgegeben [89], und das, was man von jedem Testator erwartet, — die genaueste eigene Ueberlegung und Bestimmung, — geradezu auf die Willkühr eines Dritten gestellt [90]. Dieß sind allgemein angenommene Rechts-

88) *L.* 10. *D. de iure codicillor.* (XXIX. 7.)

89) S. Gans römisches Erbrecht. 2. B. S. 158. f.

90) S. Schraders Abhandl. In wiefern kann man letztwillige Verfügungen gültig der Bestimmung Anderer überlassen? (in Desselben Abhandlungen aus dem Civilrechte. 1. Bdch. Nr. III. §. 5. S. 53. und mein Progr. Innocentius III. P. R. in Cap. XIII. X. de testam. et ult. volunt. iuri civili haud derogans, sive de effectu singulari extremae voluntatis in alterius dispositionem commissae. (*Erlangae* 1784. 4.) Sect. I. (in *Opusc.* Fasc. I. Nr. II. pag. 161. sqq.). Der Litteratur wegen sind hier noch zu bemerken: *Greg.* MAJANSII Disp. de voluntate necessaria in ultimis dispositionibus; (in EIUS *Disputation. iuris civ.* Tom. I. *Lugd. Batav.* 1752. 4. Disp. XXIX. pag. 438. sqq.). *Arent. van* MUYDEN Specim. iurid. inaug. de ultima voluntate collata in arbitrium alterius. *Lugd. Batavor.* 1788. und *Ge. Steph.* WIESAND Opuscula (*Lipsiae* 1782. 8.) Specim. VI. Meditat. 1. pag. 62. sqq.

sätze, welche in den Gesetzen als juristische Gemeinsprüche aufgestellet werden. Es gehören hierher folgende Gesetzstellen.

L. 32. *pr. D. de hered. instit.* (XXVIII. 5.) Gajus *libro primo de testamentis ad Edictum Praetoris urbani.* Illa institutio: *quos Titius voluerit*, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est: nam satis constanter Veteres [91]) decreverunt, *testamentorum iura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere.*

L. 68. *D. eodem* Pomponius *libro VII. ad Quintum Mucium.* — Atquin si quis ita scripserit: *Si Titius voluerit, Sempronius heres esto*, non valet institutio.

Unstreitig waren die übrigen Rechtsgelehrten einverstanden. Denn so stellt Ulpian [92]) den Grundsatz auf: Certum consilium debet esse testantis, und *libro V. ad Sabinum* [93]) lehrt er: Heres institui, *nisi ut certus* [94]) *demonstretur*, nemo potest. Eben so Modestinus *libro II. Pandectarum* [95]): Quoties

91) Wer diese Veteres sind, lehrt uns Dirksen in den Beiträgen zur Kunde des Röm. Rechts. 2. Abhandl. S. 159 ff. Man vergleiche auch meine Opusc. Fasc. I. Nr. II. §. 1. pag. 161. sqq.

92) *Fragm. Tit. XXII.* §. 4. (in Hugo iure civ. Antejust. Tom. I. pag. 63.).

93) *L.* 9. §. 9. *D. de hered. instit.*

94) So lesen, Statt certe, wie die florentinische Lesart lautet, die meisten, als Haloander, Miräus, Merlin, Baudoza, u. a.

95) *L.* 62. §. 1. *D. eodem.*

non apparet, *quis heres institutus sit*, institutio non valet. Dieß ist aber der Fall, wenn die Erbeinsetzung der Willkühr eines Dritten überlassen worden ist. Das Nämliche lehrt mit denselben Worten, wie Modestin, auch Paulus [96]). So wie jedoch die Erbeinsetzung von einer Casual-Bedingung abhängig gemacht werden kann, so gilt auch die Erbeinsetzung, wenn die Handlung eines Dritten, welche in desselben Willkühr steht, zur Bedingung gemacht worden ist, obwohl es, da die Handlung des Dritten von seiner Willkühr abhängt, so gut ist, als ob die Erbeinsetzung selbst auf seinen Willen wäre gestellt worden. Pomponius *libro VII. ad Quintum Mucium* [97]) belehrt uns darüber ausführlich, wenn er sagt:

Si quis Sempronium heredem instituerit sub hac conditione: *Si Titius in Capitolium ascenderit* [98]): quamvis non alias heres esse possit *Sempronius*, nisi *Titius* ascendisset in Capitolium, et hoc ipsum in potestate sit repositum *Titii:* quia tamen scriptura non est expressa voluntas *Titii*, erit utilis ea institutio. Atquin si quis ita scripserit, *si Titius voluerit*, *Sempronius heres esto:* non valet institutio. Quaedam enim in testamentis si exprimantur, effectum nullum habent: quando [99]),

96) *Sentent. receptar.* Lib. III. Tit. 4. B. §. 3. (in Hugo J. C. A. Tom. I. pag. 135.).

97) *L.* 68. *D. de hered. instit.*

98) Warum gerade dieses Beyspiel sowohl bey bedingten Erbenseinsetzungen, als Vermächtnissen, von den Römischen Juristen gewöhnlich gewählt worden? beantwortet mein Innocentius III. Sect. I. §. 4. (In *Opusc.* Fasc. I. pag. 180. sqq.)

99) Statt quando liest Baudoza quae.

si verbis tegantur, eandem significationem habeant [100]) quam haberent expressa: et momentum [1]) aliquod habebunt. Sic enim filii exheredatio cum eo valet, si quis heres existat: et tamen nemo dubitat, quin si ita aliquis filium exheredaverit: *Titius heres esto, et cum heres erit Titius, filius exheres esto:* nullius momenti esse exheredationem [2]).

In den angeführten Gesetzen ist nun zwar nur von der Erbeinsetzung die Rede, allein daß der oben vom Gajus nach der einstimmigen Lehre der Alten aufgestellte Grundsatz: *testamentorum iura ipsa per se firma esse oportet*, allgemein geltend war, und sich also auch auf Vermächtnisse bezog, lehrt uns Heren-

100) Westphal von Testamenten §. 300. meint, bey den Worten: eandem significationem habeant, müße quamvis ergänzt werden. Haloander liest auch wirklich: *licet* eandem etc.

1) Statt *et* momentum hat Haloander momentum *tamen*. Westphal hingegen will das *et* ganz weggelassen haben.

2) Haloander, Miräus, und Beck lesen hier wohl richtiger: nullius momenti sit exheredatio. Der Sinn dieser letzten Worte ist übrigens der: Wenn gleich die Enterbung anders nicht gilt, als wenn der Erbe die Erbschaft antritt, und diese Antretung von seiner Willkühr abhängt; so darf dennoch der Wille des Erben, daß er nämlich die Erbschaft haben wolle, nicht zur ausdrücklichen Bedingung der Enterbung gemacht werden. Die Gründe werden *L.* 3. §. 1. *et* 2. *D. de liberis et postum.* (XXVIII. 2.) angegeben. S. *Gregor* Majansii ad XXX ICtorum omnia fragmenta, quae extant in iur. civ. Corpore Commentar. (*Genevae* 1764. 4.) Tom. I. pag. 325 sq. und Pothier Pand. Justin. Tom. II. Lib. XXXV. Tit. 1. Nr. LIX. not. f. et g. pag. 460.

nius Modestinus *libro VII. Differentiarum* [3]. Er sagt:

Nonnunquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent, nec essent obfutura. Quod evenit, si alicui ita legatur: *Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit*, nam quamvis in arbitrio *Maevii* sit, an Capitolium ascendat, et velit efficere, ut *Titio* legatum debeatur: non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: *Si Maevius voluerit*, *Titio decem do*, nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent.

Es ist also nach diesen Gesetzstellen ein großer Unterschied, ob der letzte Wille selbst, nämlich die Erbeinsetzung, oder wer ein Legat erhalten soll, der Willensbestimmung eines Dritten überlassen worden, oder ob blos die Handlung eines Dritten, wenn sie auch an sich von seiner Willkühr abhängt, zur Bedingung eines letzten Willens gemacht worden ist [4]. Nur das Erstere wurde jenem Grundsatz zuwider gehalten, nicht das Letztere. Hiermit scheint nun aber Ulpian gar nicht übereinzustimmen. Nach seiner Aeusserung soll es auf diesen Unterschied nicht ankommen. Er sagt nämlich:

3) *L.* 52. *D. de condit. et demonstr.* (XXXV. 1.)

4) Man vergleiche *Jo. van* Nispen Diss. ad fragmenta, quae in Digestis ex *Herennii Modestini* IX. libris Differentiar. supersunt. (*Lugd. Bat.* 1750.) Cap. VIII. (in *Ger.* Oelrichs *Thes. Dissertation. iurid. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 77. sqq.) und mein Programm Innocentius III. etc. Sect. I. §. 4. (in *Opusc.* Fasc. I. pag. 179. sqq.)

L. 1. pr. D. de legat. XXXI. (ex *libro IX. ad Sabinum.*) In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest. Quid enim interest, *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur, an, *si voluerit?*

Derselbe Ulpian lehrt ferner *libro XXI. ad Sabinum*, woraus die *L.* 43. §. 2. *D. de legatis XXX.* genommen ist:

Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest.

Und *libro VI. Disputationum* wendet er dieses Princip auf eine fideicommissarische Freylassung an. Es heißt nämlich in der daraus genommenen *L.* 46. §. 2. *D. de fideicommissar. libertatib.* (XL. 5.)

Sed et si ita adscriptum sit: *si Sejus voluerit, Stichum liberum esse volo*, mihi videtur posse dici, valere libertatem, quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset: *si Titius Capitolium ascenderit.*

Aus diesen Stellen scheint nun klar hervorzugehen, Ulpian halte es für Einerley, ob ein Legat von der reinen Willkühr eines Dritten, oder von einer durch den Willen eines Dritten bedingten Handlung abhängig gemacht werde; oder, um mit Ulpian zu reden, es sey kein Unterschied zwischen dem: *Si Titius in Capitolium ascenderit*, und dem: *Si Titius voluerit.* Es muß aber doch allerdings befremden, wenn Ulpian hier einen Satz aufstellt, welcher jenem allgemein angenommenen Rechtssatze so offenbar widerstreitet, von dem, wie oben bemerkt wurde, Gajus sagte: Satis constanter Veteres decreverunt, *testamentorum iura ipsa*

per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere. Noch mehr muß es ferner auffallen, daß derselbe Ulpian, welcher gar kein Bedenken findet zu behaupten, legatum in aliena voluntate poni posse, sich dennoch bey Entscheidung der Frage, ob eine fideicommissa libertas gültig sey, wenn die Bedingung: *Si Seius voluerit*, beygefügt worden? so bedenklich und zweifelnd äussert: *mihi videtur posse dici, valere libertatem.* Es muß endlich noch besonders auffallen, daß Modestinus, Ulpian's Schüler [5]), hier eine von seinem Lehrer so geradezu abweichende Meinung vorträgt, da er ihn doch sonst immer nur, als beystimmend, mit der größten Achtung citirt [6]). Und solche offenbare Widersprüche sollten die Verfasser der Pandecten aufgenommen haben? Kein Wunder, wenn man sich seit den ersten Zeiten des zu Bologna wieder belebten Studiums des Röm. Gesetzbuchs bemüht hat, den Ulpian mit Gajus, Pomponius und Modestinus zu vereinigen. Es sey mir erlaubt, die verschiedenen Versuche älterer und neuerer Rechtsgelehrten hier kürzlich zur Uebersicht zusammenzustellen.

Die Glosse zu L. 1. pr. D. de legat. XXXI. ad verb. Conditio recensirt die Erklärungen der beyden Glossatoren Johannes Bossianus und Rogerius. Jener erklärt das *in arbitrium alterius conferre legatum* von einem arbitrium boni viri, weil davon gleich nachher §. 1. die Rede sey, und *veluti conditio*

5) Ulpian nennt ihn *L.* 52. §. 20. *D. de furtis* studiosum suum.

6) S. *L.* 2. §. 9. *L.* 4. §. 1. *L.* 8. §. 9. *L.* 10. §. 8. *L.* 12. *pr. L.* 13. §. 2. *D. de Excusat.*

sey soviel, als in vim conditionis. Nach dieser Ansicht sey nun freylich kein Unterschied, ob man sage: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder *si Titius voluerit* sc. arbitrari. Beydes gelte. Rogerius hingegen versteht die Worte Ulpians: *Quid enim interest*, ohne Frage, so: *Aliquid* enim interest. Der Sinn sey also der: ein Legat könne nur als eine Bedingung in eines Andern Willen gestellt werden. Denn es sey allerdings ein Unterschied, ob man legirt: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder *si voluerit*. Allein beyde Erklärungen verwarf schon Bartolus [7], und daß sie den Worten des Gesetzes gar nicht angemessen sind, hat auch Guido Pancirolli [8] gezeigt. Eben so wenig Beyfall verdient die Erklärung des Magister Vacarius in seinem zum Behuf seiner ärmern Schüler in Oxford verfaßten Auszuge aus dem Codex und den Pandecten [9]. Dieser versteht in seiner Glosse zur *L.* 1. *cit.* den Ulpian so, es sey zwar kein Unterschied zwischen den von ihm angeführten Beyspielen *quantum ad figuram conditionis*, *et suspensionis effectum*, wohl aber *quantum ad vim et potestatem*, *quia si ascenderit* (sc. Titius), *est in mora* (sc. heres), *et valet legatum*, *si noluerit*, *non est in mora*, *immo statim non valet* [10].

7) Ad L. 40. D. de pact. et ad L. 1. D. de legat. II.

8) Thesaur. variar. Lection. utriusque iuris. Lib. III. Cap. 5.

9) S. von Savigny Gesch. des Röm. Rechts im Mittelalter. IV. Bd. Kap. 36. S. 358. ff.

10) S. Wenck Magister Vacarius. (*Lipsiae* 1820. 8.) pag. 275. nr. 272.

Cujacius [11]), dem auch Reinhard Bachov [12]), Andr. Fachinäus [13]), Lud. Charondas [14]), Jac. Gothofredus [15]), Arn. Vinnius [16]), und Hieron. von Droz [17]) gefolgt sind, nimmt an, die Worte: *Si Titius voluerit* könnten auf zweyerley Art erklärt werden, nämlich der Testator habe mit diesen Worten entweder Alles in den Willen des Titius gestellt, so daß derselbe arbiter et quasi dator legati seyn sollte; dieß sey ungültig, und davon spräche Modestinus in der *L.* 52. *D. de condition. et dem.* oder es wären diese Worte vom Testator für eine Bedingung genommen worden, so daß sie den Sinn haben: si forte acciderit aliquando, ut id Titius velit; und hier sey das Legat so gültig, als wenn auf die versteckte Art: *si Titius Capitolium ascenderit*, dasselbe in den Willen des Titius wäre gestellt worden. So habe denn Ulpian mit Recht sagen können, es sey kein Unterschied, *si Titius Capitolium ascenderit*, mihi legetur, an *si voluerit*, id est, quasi conditio. Er will daher statt *veluti conditio* lieber veluti conditionem lesen. Auf gleiche Weise

11) Observat. Lib. II. cap. 2.

12) Not. ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XIII. Th. 6. lit. D. pag. 821.

13) Controv. iur. Lib. V. Cap. 58.

14) Πειθανων. seu Verisimil. Lib. I. cap. 21. nr. 11. (in *Thes. J. R. Otton.* Tom. I. pag. 736.)

15) Comment. in Tit. Pand. de divers. reg. iur. ad L. 195. h. t. pag. 761.

16) Select. iuris Quaestion. Lib. II. Cap. 25.

17) De apicibus iuris civ. (*Lugd.* 1661. f.) Lib. II. Cap. 9. pag. 147. sqq.

sey nun auch die andere Stelle Ulpian's zu verstehen, wo er sage: *legatum in aliena voluntate*, nämlich quasi conditione, *poni posse*. Dieses sage sogar Ulpian in der dritten Stelle, *L.* 46. §. 2. *D. de fideic. libertat.* ausdrücklich. Zur Unterstützung dieser Meinung fügt Oroz [18]) noch hinzu, es komme ja bey Bedingungen alles auf den Willen des Testators an [19]), dieser könne daher etwas zu einer Bedingung machen, was auch an sich keine sey, z. B. einen dies certus. Der Testator müsse nur seine Absicht deutlich erklären. Die Folge sey nun die, daß Titius noch bey seinem Leben seine Einwilligung erklären müsse. Es komme also hier noch auf das Eintreten einer Thatsache an; stirbt daher Titius, ehe er seine Einwilligung erklärt hat, so gehe das Legat, wie in jedem andern Falle einer nicht eingetretenen Bedingung, zu Grunde. Allein daß dieses wohl nicht der wahre Sinn des Gesetzes seyn könne, ergiebt sich schon selbst aus den Worten: Quid enim interest, *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur, an: *si voluerit*. Es ist aber auch ein legatum *conditionatim* conceptum ganz etwas Anderes, als legatum, *veluti conditionem*, in alienam voluntatem conferre, wie auch schon Schrader [20]) sehr gründlich gegen Cujaz erinnert hat.

Hugo Donellus [21]) will dagegen den Ulpian so

18) Cit. loc. nr. 9. pag. 149.

19) *L.* 19. *pr. D. de condit. et demonstrat. L.* 12. *in fin. D. de legat.* XXX.

20) S. Desselben angef. Abhandl. S. 63. f.

21) Commentar. de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 5—8. (Vol. IV. pag. 438. sqq. edit. noviss. *Norimb.*)

verstehen: In arbitrium alterius conferri legatum, *veluti conditio*, potest, heiße: si ita adscriptum fuerit: *si tertius aliquis fuerit arbitratus, si putaverit, si aestimaverit, si utile illi fuerit visum.* Ein solches Legat sey gültig, quia plenum arbitrium voluntatis his verbis datum non sit, sed *quasi viro bono commissum* relictum. Damit nun aber der von Ulpian beygefügte Grund zu dieser Erklärung passe, so erklärt er das *quid* enim interest, durch *quantum* enim interest, und beweist diesen Sprachgebrauch aus einer Stelle des Terenz [22]), welcher einmal sagt: *Dii immortales, homini homo quid praestat? Stulto intelligens, quid interest?* Oswald Hilliger [23]), der hier seinem Donellus, qui hic est eximius, wie er sich ausdrückt, vollkommen beystimmt, sucht den hier dem Ulpian untergelegten Sprachgebrauch noch durch eine Stelle aus Javolenus *libro XIII. Epistolarum* [24]) zu unterstützen, um zu beweisen, daß er selbst den Röm. Juristen gar nicht fremd sey, denn da komme das *quid enim interest*? in derselben Bedeutung vor. Allein daß durch diese Auslegung den Worten, sowohl in der Stelle des Javolenus, als in unserer *L.* 1. *D. de legat. XXXI.* Gewalt geschehe, hat schon Jos. Fernand. de Retes [25]) erinnert.

22) *Eunuch. Act. II. Sc. II. v.* 1. *et* 2.

23) Donellus Enucleat. Lib. VIII. Cap. 15. in Notat. lit. F. pag. 645 et Cap. 32. Notat. lit. P. pag. 741.

24) *L.* 55. *D. de condit. et demonstrat.*

25) Opusculor. Lib. II. Sect. II. Cap. 8. nr. 5. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 137.) Vergl. auch *Hieron. van* Alphen Diss. de Javoleno Prisco. Cap. II. §. 3. (in

Johann Schilter [26]) war zwar auf dem rechten Wege, wenn er behauptet, es sey keinesweges Ulpian's Meinung, die von allen Rechtsgelehrten angenommene Regel, daß ein Legat nicht in den bloßen Willen eines Dritten gestellt werden könne, aufzuheben, sondern Ulpian habe diese Regel in der *L.* 1. *pr. de legat.* XXXI. blos limitirt, nämlich so, daß ein Legat alsdann gültig in die Willkühr eines Dritten gestellt werden könne, wenn es unter der Bedingung geschehe, daß der Dritte eine in seiner Willkühr stehende Handlung vornehme; z. B. Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit. Allein er verirrt sich wieder, wenn er nun die folgenden Worte: Quid enim interest etc. so versteht, ob es wohl auch in des Dritten Willkühr stehe, ob er auf das Capitolium steigen wolle oder nicht: Quid enim interest, *si Titius in Capitolium ascenderit*, mihi legetur, *an si voluerit*, nämlich ascendere, so werde doch das Legat auf diese Art nicht in die bloße Willkühr des Dritten geradezu gestellt, nur dieses sey ungültig. Allein daß das „si voluerit" nicht auf ascendere bezogen werden könne, sondern vielmehr auf den bloßen Willen eines Dritten gehe, ob der Legatar das Vermächtniß erhalten solle, erhellet aus allen übrigen oben angeführten Gesetzstellen. Eben so wenig kann man ihm beystimmen, wenn er die übrigen Stellen Ulpian's von einem arbitrio boni viri verstehen will, denn Ulpian läugnet ja *L.* 43. §. 2. *D. de legat.* XXX. daß ein Legat in den Willen des Erben gestellt werden könne, da doch derselbe Ulpian ein Vermächtniß, was

Ger. Oelrichs *nov. Thes. Dissertat. iurid. Belgicar.* Vol. III. Tom. I. pag. 27.)

26) Prax. iuris Rom. Exerc. XXXIX. §. 28—32. p. 523. sqq.

dem arbitrio heredis, tanquam boni viri, anheimgestellt worden ist, ausdrücklich für gültig erklärt [27]).

Den meisten Beyfall unter den neuern hat jedoch die Erklärung des Joseph Averanius [28]) gefunden. Averani will durchaus keinen Streit zwischen Ulpian und den übrigen Röm. Juristen Statt finden lassen. Sie wären, sagt er, alle einverstanden. Ulpian habe sich nur nicht deutlich genug ausgesprochen. Darum habe sein Schüler, Modestinus, die Meinung seines Lehrers, die ihm am besten bekannt seyn mußte, deutlicher erklärt. Wenn nun Ulpian sagt: *In arbitrium alterius conferri legatum, veluti conditio, potest;* so heiße dieß nichts anders, als ein Legat könne in den Willen eines Andern eben so gestellt werden, wie eine Bedingung eines Andern Willen überlassen werden kann. Eine Bedingung könne nun aber nie ausdrücklich, sondern immer nur stillschweigend in eines andern Willen gestellt werden. Es könne also auch ein Vermächtniß, wie Modestinus uns ausdrücklich belehrt, nur stillschweigend, nicht aber ausdrücklich in eines Andern Willen gestellt werden. Es sey nun etwas ganz Anderes, das Vermächtniß selbst in eines Andern Willen stellen, als die Bedingung desselben eines Andern Willen überlassen. Beydes habe Ulpian in unserm Fragment unterschieden. Das Legat werde nämlich in den Willen eines Andern gestellt, wenn das Vermächtniß selbst geradezu von dessen Einwilligung abhängig gemacht wird,

27) *L.* 75. *pr. D. de legat.* XXX. *L.* 11. §. 7. *D. de legat.* XXXII.

28) Interpretation. iuris Lib. II. Cap. 22. pag. 259. sqq (*Lugduni* 1751. 4.)

die Bedingung aber, wenn eine Handlung von eines Andern Willen abhangen soll, wodurch das Legat suspendirt wird, wie z. B. *Lego tibi centum, si Cajus in Capitolium ascenderit.* Hier sey die Bedingung dem Willen des Cajus überlassen worden. Heiße es aber so: *Lego Titio centum, si Caius voluerit;* so sey das Vermächtniß selbst von dem Willen des Gajus abhängig gemacht worden. Es sey also gewiß, daß eine Bedingung nie ausdrücklich, sondern immer nur stillschweigend eines Andern Willen überlassen werden könne. Das Legat aber könne theils ausdrücklich, theils stillschweigend in den Willen eines Andern gestellt werden. Ausdrücklich, wenn ich sage: Lego Titio centum, *si Caius voluerit.* Stillschweigend auf die Art: *nisi Caius noluerit*, d. h. wenn Cajus nichts dagegen hat, wenn er nicht, sobald er kann, widersprechen wird [29]); auch so: *cum Cajus voluerit*, wann er will. Denn durch ein solches Legat werde eine Zeit ausgedruckt, und stillschweigend liege darin die Bedingung des Willens [30]). Nur in jenem Falle

29) Auf solche Art könne ein Vermächtniß sogar der Bestimmung des Erben überlassen werden, quasi conditionale legatum, wie selbst Ulpian lehre *L.* 11. §. 5. *D. de legat. XXXII.* obwohl dem Willen eines Andern eher ein Legat überlassen werden könne, als dem Willen des Erben, weil keine obligatio in den Willen des Schuldners gestellt werden könne. Dieß habe Ulpian gemeint, wenn er *L.* 43. §. 2. *D. de legat. XXX.* sage: Legatum in aliena voluntate poni potest, in heredis non potest. *L.* 8. §. 1. *D. de rebus dubiis. L.* 8. *D. de Obligat. et act. L.* 17. *L.* 108. §. 1. *D. de Verb. obligat.*

30) *L.* 22. *pr. D. Quando dies legator.* (XXXVI. 2.)

sey das Legat ungültig, in diesem aber gültig. Dieß sey auch Ulpians Meinung in den Worten: *In alterius arbitrium conferri legatum, veluti conditio, potest*, welche er nur etwas zu kurz und dunkel ausgedruckt, Modestinus aber deutlicher erklärt habe. Die übrigen Worte: *Quid enim interest* etc. seyen nun keinesweges so zu verstehen, als ob in rechtlicher Rücksicht kein Unterschied sey, ob dem Vermächtniß die Formel: *si in Capitolium ascenderit*, oder die, *si voluerit*, sey beygefügt worden. Nein, zwischen beyden Fällen sey ein großer Unterschied, auch im Rechte der Forderungen [31]), so wie im Erbrechte [32]), und dieses habe auch Ulpian wohl gewußt. Die Worte: *Quid enim interest* etc. müßten also ganz anders verstanden werden. Ulpian habe diese Worte hinzugefügt, um dadurch zu erklären, was er vorher etwas zu dunkel ausgedruckt hatte. Es konnte nämlich Zweifel entstehen, wie eine Bedingung in eines Andern Willen gestellt werden könne, so daß sie von einem in die Willkühr eines Andern gestellten Legate selbst unterschieden sey. Zu dem Ende habe er ein Beyspiel von einer solchen Bedingung beygefügt, deren Ereigniß von eines Andern Willkühr abhängt, nämlich *si Titius in Capitolium ascenderit*, dasselbe, was auch Modestinus angeführt hat. Um nun zu zeigen, daß diese Bedingung wirklich in die Willkühr des Titius gestellt worden, sage er, es sey kein Unterschied, ob das Legat mit dem Zusatz: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder so: *Si vo-*

31) *L.* 8. *D. de obligat. et act.* *L.* 46. §. 3. *D. de Verb. obligat.* *L.* 27. §. 1. *L.* 99. §. 1. *L.* 115. §. 1. *D. eodem.*

32) *L.* 68. *D. de heredib. instituend.*

luerit, hinterlassen worden sey. Hiermit wolle er also nur andeuten, daß insofern kein Unterschied zwischen beyden Formeln Statt finde, als es bey der einen sowohl, wie bey der andern, auf den Willen des Titius ankomme. Nihil interest, sagt Averanius, quoad comprehendendam voluntatem Titii, et efficiendum, ut utraque conditio contineat Titii voluntatem. In Rücksicht der Gültigkeit des Vermächtnisses sey hingegen zwischen beyden Fällen allerdings ein großer Unterschied. Denn das Legat mit dem Zusatz: *si Titius voluerit*, sey ungültig, weil hier der Wille des Titius zur ausdrücklichen, in dem andern Zusatz aber nur zu einer stillschweigenden Bedingung gemacht worden sey. Daß diesen Unterschied auch selbst Ulpian anerkannt habe, lasse sich aus *L.* 46. *D. de fideic. libertat.* erkennen. Hier stelle Ulpian, aus besonderer Begünstigung der Freyheit, zuerst gegen die Regel, nach welcher kein Legat in den bloßen Willen des Erben gestellt werden könne, den Satz auf, daß eine libertas fideicommissaria davon eine Ausnahme mache. Dann werfe er die Frage auf, ob auf gleiche Weise eine libertas fideicommissaria in den Willen eines Andern gestellt werden könne? Hier äussere sich Ulpian zweifelhaft, *mihi videtur posse dici valere libertatem.* Woher diese zweifelnde Fassung seiner Entscheidung? Warum genügte ihm nicht schon die Begünstigung der Freyheit? Warum mußte noch ein anderer Grund zu Hülfe genommen werden, *quia conditio potius est*, *quemadmodum si mihi legatum esset*, *si Titius Capitolium ascenderit.* Wenn man dieses alles erwäge, so lasse sich wohl daraus mit Grund abnehmen, daß Ulpian bey einem andern Legate ganz anders ent-

schieden haben würde, denn wie hätte er sonst beym Vermächtniß der Freyheit einigen Zweifel haben können? Man wird gewiß den Scharfsinn nicht verkennen, mit welchem Averanius diese Erklärung vertheidiget hat, sie ist daher auch von mehreren, besonders von Gregorius Majansius [33]), Johann van Nispen [34]), und Ernst Christian Westphal [35]) angenommen worden. Daß die *L.* 1. *pr. D. de legat. XXXI.* so wie die *L.* 43. §. 2. *D. de legat. XXX.* aus des Modestinus *L.* 52. *D. de condition. et demonstrat.* zu erklären sey, wie auch Wenck [36]) bey der Glosse des Vacarius zur L. 1. bemerkt hat, war gewiß ein richtiger Gedanke des Averanius, er hätte ihn nur richtiger verfolgen sollen, so wäre aller Widerspruch verschwunden. Er gab aber gerade durch seine Ausführung Blößen, welche zu dem Resultat führten, es sey hier ein unvereinbarer Widerstreit zwischen Ulpian und den übrigen Röm. Juristen vorhanden. Was sich gegen Averanius Ansicht mit Grund erinnern läßt, hat schon Herr Obertribunalsrath Schrader [37]) gezeigt. Er selbst hält daher jeden Vereinigungsversuch für vergeblich. Man könne jedoch, sagt

33) Diss. cit. de voluntate necessar. in ultim. dispositionib. §. 15. et 16. (in Ejus *Disputationib. iur. civ.* Tom. I. pag. 445. sqq.)

34) Diss. cit. ad fragmenta ex *Herennii Modestini* IX. libris Differentiar. Cap. VIII. (in Oelrichs *Thes. Dissertat. Belgicar.* Vol. I. Tom. I. pag. 81.)

35) Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen. 1. Th. §. 331. S. 257. f.

36) Magister Vacarius pag. 275. nr. 272. in fin.

37) Angef. Abhandl. §. 8. S. 65. ff.

er, die Frage, wie bey diesem Streite dem Römischen Gesetzbuche gemäß zu entscheiden sey, füglich unbeantwortet lassen, weil das Römische Recht in diesem Puncte durch das Canonische Gesetzbuch abgeändert worden sey. Ulpians Meinung müßte indessen auf jeden Fall dem Dafürhalten der übrigen Schriftsteller weichen, weil der neueste unter ihnen, Modestinus, sich zu dieser Parthey halte. Es waren aber auch schon ältere Rechtsgelehrte, die hier einen unvereinbaren Widerstreit zwischen den angeführten Pandectenstellen fanden, von denen mir Franz Hotoman [38]), Franz Sarmiento [39]), Emanuel Acosta [40]), Anton Merenda [41]), und Christ. Thomasius [42]) bekannt sind. Unter den neuern Rechtsgelehrten stimmte Anfangs Herr Geh. Rath Thibaut der Schraderischen Meinung bey [43]). Er hat aber seine Meinung wieder geändert [44]).

Unsere neuesten Rechtsgelehrten nehmen überhaupt keinen Dissensus an. Neustettel [45]) hat diese Contro-

38) Respons. amicabil. Lib. I. cap. 5.

39) Selectar. Interpret. Lib. II. Cap. 6. nr. 29. et Lib. VIII. Cap. 2.

40) Select. Interpretat. Lib. I. cap. 21.

41) Controversiar. iuris Tom. II. Lib. XI. Cap. 38. pag. 58. sqq. (*Brüxellis* 1745. fol. maj.)

42) Diss. de captatoriis institutionibus. (*Halae* 1696.) §. VI.

43) Syst. des Pandectenrechts. 2. Bd. §. 800. der 4ten Ausgabe. Jena 1814.

44) S. die neueste Ausgabe. Jena 1828. §. 800.

45) Ueber die in den Willen eines Dritten gestellten Legate, in dem Archiv für die civilist. Praxis 3. Band Nr. VII. S. 94 — 100.

verse zuerst wieder zur Sprache gebracht, sie aber auf eine Art beyzulegen versucht, die den Knoten nicht gelöst, sondern noch mehr verwickelt zu haben scheint. Es lasse sich, sagt er, überhaupt schon bey Ulpian, den man vorzugsweise den Practiker unter den römischen Juristen nennen möchte, eine singuläre Meinung nicht leicht annehmen. Wie sehr aber Ulpian mit der gemeinen Meinung übereinstimme, erhelle gerade aus *L.* 46. §. 2. *D. de fideicomm. libertat.* wo er den Satz, daß es vergönnt sey, in alterius arbitrium ein Fideicommiß zu hinterlassen, elegant so einkleide, der fremde Wille wäre dann mehr als eine Handlung zu betrachten, (quia conditio potius est, quemadmodum si mihi legatum esset, *si Titius Capitolium ascenderit.*) Dem zu Folge glaubt er nun, daß das *principium* der *L.* 1. nur allein durch den §. 1. dem es voransteht, erklärbar sey. Ulpian wollte nämlich aussprechen, ein arbitrio tutorum dem Mündel hinterlassenes Legat sey weder bedingt noch betagt, da, wenn von einem Ermessen im Testament geredet werde, darunter billiges Ermessen zu verstehen sey, dieses nur den Umfang, nicht den Erwerb des Legats festsetze, und ein tüchtiger Vormund das Quantum sogleich in billiger Berücksichtigung der Größe der Erbmasse bestimme. Um diesen Satz, um den es ihm allein zu thun gewesen, desto mehr hervorzuheben, habe er, als Zweifelsgrund, den Satz vorausgehen lassen, ein legatum in arbitrium alterius collatum sey ein bedingtes Vermächtniß. Es sey hier von keinem ungültigen Vermächtniß die Rede, dergleichen z. B. nach der *L.* 52. *D. de condit. et demonst.* ein solches ist: *Maevio, si Titius voluerit, do lego.* Nein, die vom Ulpian gewählten Beyspiele: *Si Ti-*

tius in Capitolium ascenderit, und *si voluerit*, welches Bruchstücke aus einer gewöhnlichen Vermächtniß-Formel wären, deuteten auf ein gültiges Vermächtniß hin. Denn es verrathe eine Unbekanntschaft mit der in unsern Pandectenfragmenten üblichen Sprache, wenn man, wie gewöhnlich das *si voluerit* so verstehe, als stünde: *si Titius voluerit*. Man müsse sich vielmehr hier den Legatar denken, von dessen Willkühr der Erwerb eines Vermächtnisses mit der Wirkung abhängig gemacht werden könne, daß das sonst ipso iure angefallene Legat in ein bedingtes verwandelt werde [46]. Ulpians Ideengang sey nun ganz einfach dieser.

„Man kann in arbitrium einer dritten Person mit der Wirkung einer Bedingung eben so gut ein Legat stellen, als in arbitrium des Legatars. Was die aufschiebende Wirkung betrifft, stehen sich beyde Arten von Vermächtnissen vollkommen gleich. Es sey also gleichviel, ob mit der Formel legirt wird: Maevio, *si Titius in Capitolium ascenderit*, do lego, oder so: Maevio, *si voluerit*, d. l. Beyde Vermächtnisse involviren ein bedingtes Legat, und dennoch sey das Legat arbitrio tutorum nicht bedingt."

Dieser Gang des Raisonnements sey um so natürlicher, da wegen der Repräsentation der Pupillen durch den Vormund Zweifel habe entstehen können, ob das Legat arbitrio tutorum, zu dem von dem Willen eines Dritten, oder dem des Legatars abhängigen zu zählen sey.

Schwerlich dürfte nun wohl durch diese Interpretation, bey genauerer Prüfung derselben, auch davon

46) *L.* 65. §. 1. *D. de legat.* XXX. *L.* 69. *D. de condit. et demonstrat.*

abgesehen, daß sie ohnehin auf Neuheit keinen Anspruch machen kann, indem auch schon der große Anton Augustinus[47]) das *si voluerit* in der *L.* 1. von der voluntas legatarii erklärte, die Controverse für entschieden gehalten werden können. Denn 1) daß der vom Ulpian L. 1. pr. aufgestellte Grundsatz nur als Zweifelsgrund der in dem folgenden §. 1. enthaltenen Entscheidung sey vorangesetzt worden, streitet gegen den ganzen Zusammenhang, dieser lehrt vielmehr, daß in Folge des vorausgeschickten Princips das Legat, wovon im §. 1. die Rede ist, für kein bedingtes zu halten sey. Sodann aber wird 2) auf guten Glauben angenommen, daß das *si voluerit* auf den Willen des Legatars gehe. Es verräth dieß vielmehr eine Unbekanntschaft mit der in unsern Pandectenfragmenten üblichen Sprache, nach welcher die Ausdrücke *in arbitrium alterius*, *in alienam voluntatem*, *in alienum arbitrium*, sich immer auf eine dritte, sowohl von dem Erben, als dem Legatar verschiedene, Person beziehen, wie Johann Robert[48]), Hugo Donellus[49]), Heinr. Cocceji[50]), und Carl Fried. Walch[51]) schon längst dargethan haben.

47) Emendation. Lib. IV. Cap. 15. in fin. (in *Th. J. R. Ottonian.* Tom. IV. pag. 1550.)

48) Sententiar. Lib. II. cap. 11.

49) Commentar. de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 2. et §. 8. (Volum. IV. pag. 443. edit. noviss. *Norimberg.* 1808.)

50) Diss. II. de arbitrio boni viri. (Tom. I. *Exercitation. curios.* pag. 237.)

51) Diss. de legato heredis in arbitrium collato. (*Jenae* 1761. 4.) §. IX. pag. 37.

Weit natürlicher ist die Erklärung eines Carl Christoph Hofacker's [52], Gottl. Hufeland's [53], und Adolph Diet. Weber's [54], die auch schon früher Guido Panciroli's [55], und Johann Voet's [56] Ansicht war, wenn sie nämlich den Ausspruch Ulpian's in der L. 1. pr. de legat. II. so verstehen, daß ein Legat in die Willkühr eines Dritten gestellt werden könne, wenn es nicht an ein bloßes Wollen desselben, sondern an eine willkührliche Handlung des Dritten als Bedingung gebunden ist, obwohl auch die Bedingung von der Willkühr des Dritten abhänge, und in sofern kein Unterschied sey, ob man sagt: *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder *si Titius voluerit*. Daß aber auch in beyden Fällen gleiche Rechtswirkung eintrete, sage Ulpian nicht. Daß kein Dissens anzunehmen sey, behaupten auch Herr Geh. R. Thibaut [57], und H. Prof. Gans [58]. Nach jenes Meinung soll Ulpian in der L. 1. nur soviel haben sagen wollen, der Satz wäre mit Rücksicht auf die Lehre von Bedingungen nicht eben consequent; letzter aber giebt unserm Ulpian ein falsches Kämpfen gegen einen allgemein angenommenen Rechtssatz, und ein Nichteingehen in seine Bedeutung Schuld.

52) Princ. iur. civ. R. G. Tom. II. §. 1590. et not. d.

53) Lehrb. des gemein. oder subsid. Civilrechts. 2. Bd. §. 1088. u. not. a.

54) Erläuterungen der Pandecten. 2. Th. §. 1406.

55) Thes. variar. Lection. utriusq. iuris Lib. III. cap. 5.

56) Comment. ad Pand. de legatis §. 36.

57) System des Pand. Rechts. II. Band. §. 800.

58) Röm. Erbrecht 2. Bd. S. 160.

Ich bin nun ebenfalls überzeugt, daß Modestinus von der Meinung seines Lehrers keineswegs abgewichen, und daher zwischen ihm und Ulpian kein Widerspruch anzunehmen sey. Denn auch davon abgesehen, daß man nach der Anweisung Justinian's in seiner Proömial-Constitution *de confirmatione Digestorum* §. 15. Contrarium autem aliquid in hoc Codice positum nullum sibi locum vindicabit, überhaupt nicht ohne hinreichenden Grund Widersprüche in den Pandecten annehmen darf, so lange durch Interpretation eine Vereinigung möglich ist, (si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet;) so erhellet aus allen Fragmenten des Modestinus, daß er von der Meinung seines Lehrers nie abgewichen sey, sondern sich überall auf seine Auctorität mit der größten Achtung berufe [59]), ja auch da, wo Ulpian von der Meinung anderer Rechtsgelehrten, eines Julianus, eines Papinianus, abging, giebt er der Meinung seines Lehrers Beyfall [60]). Und dieser Modestinus sollte also gerade bey der Frage, ob ein Vermächtniß in eines Andern Willkühr gestellt werden könne? von seines Lehrers Meinung abgewichen seyn? Ist denn in der ganzen *L.* 52. *D. de condition. et demonstrat.* nur ein Wörtchen zu finden, woraus sich dieses auch nur entfernt ahnen ließe? Gewiß nicht. Modestin will hier

59) S. die Note 6.

60) Man vergleiche z. B. die *L.* 53. *D. de condit. et demonstrat.* mit *L.* 3. §. 9. *D. de adim, vel transfer. legat.* (XXXIV. 4.) und besonders *Henr.* Brenkman de Eurematicis Diatr. seu in *Herennii Modestini* libr. sing. *περὶ εὑρηματικῶν* Comment. Cap. X. §. II. nr. 5—9. pag. 207.

die Wichtigkeit der Rechtsregel: *Expressa nocent, non expressa non nocent*, welche auch im Obligationenrechte [61]), ja sogar bey den actus legitimi [62]), z. B. bey der Acceptilation, angewendet wurde, auch in Anwendung auf letzte Willensverfügungen zeigen. Sie ist daher als eine allgemeine Regel in den Titel der Pandecten de diversis regulis iuris [63]) aufgenommen worden. Wenn jedoch Modestinus sagt „*Nonnunquam* contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intelligi potuissent: nec essent obfutura" so deutet dieses *nonnunquam* wohl auf die sonst bekannte Regel hin, nach welcher es heißt: *expressi tacitique eadem vis et potestas est*. Es sind daher die auf jene Regel des Modestinus sich beziehenden Fälle eigentlich nur als Ausnahmen von der eben angegebenen gemeinen Regel zu betrachten, wie auch Jac. Gothofredus [64]) bemerkt hat. Die gemeine Regel geht nämlich nur auf solche Fälle, wo das, was nicht mit Worten ausgedruckt ist, schon aus der Natur des Geschäfts hervorgeht, und also

61) *L.* 27. §. 3. *D. de pact. L.* 6. *D. de pact. dotalib. L.* 138. §. 1. *D. de Verb. obligat.* S. *Pet.* Fabri Comment. ad L. 22. D. de div. reg. iur. pag. 66. Man vergleiche auch die Note 31.

62) *L* 77. *D. de Regul. iur. L.* 43. *pr. D. de iure dot.* S. *Jac.* Cujacius Praelect. in Tit. Dig. de div. Regg. iur. ad L. 77. cit.

63) *L.* 195. *D. de div. Reg. iur.* Expressa nocent, non expressa non nocent.

64) Comment. ad L. 195. D. de div. Regul. iuris. S. auch Pothier Pand. Justin. Tom. III. Tit. de div. Regg. iur. Nr. XLVI. not. b. pag. 704.

eben so angesehen wird, als ob es mit Worten ausgedruckt wäre [65]). Die Regel des Modestinus aber geht auf Fälle, wo die Gesetze Etwas, wenn es geradezu mit Worten ausgedruckt ist, nicht gelten lassen, was aber doch gültig ist, wenn es stillschweigend in einer zur Bedingung gemachten Handlung liegt [66]). Solche Beyspiele führt nun hier Modestinus an, und nimmt sie von Vermächtnissen her. Quod evenit, sagt er, si alicui ita legatur: *Titio decem do lego*, *si Maevius Capitolium ascenderit*. Ein solches Vermächtniß ist gültig, ob es gleich in der Willkühr des Mävius steht, ob er auf das Capitolium steigen, und dadurch dem Legate Realität verschaffen wolle, oder nicht. Wäre hingegen das Legat ausdrücklich und unmittelbar in die Willkühr des Mävius gestellt worden, mit den Worten: *si Maevius voluerit*, *Titio decem do*, so würde das Legat nicht gültig seyn, obwohl in dem einem Falle, wie in dem andern, das Vermächtniß von der Willkühr eines Dritten abhängig gemacht worden ist. Daher das Sprüchwort: *expressa nocent*, *non expressa non nocent*, oder, wie es Venulejus *libro IV. Stipulationum* [67]) ausdrückt: *Diversa causa est voluntatis expressae*, *et eius*, *quae inest*. Dieß und nichts anders hat nun auch wohl Ulpian in der *L.* 1. sagen wollen, wovon uns hier sein Schüler, Modestinus,

65) *L.* 3. *D. de reb. credit.* S. *Guil.* Barclajus ad tit. Pand. de rebus credit. ad L. 3. cit. (in *Thes. Otton.* Tom. III. pag. 819.)

66) S. Donellus Lib. III. Cap. 15. § 4. und *Jo. a* Sande Comment. in tit. Dig. de div. Regg. iuris ad L. 77. h. t. pag. 98. (edit. *Bern.* Schotani.)

67) *L.* 138. § 1. *D. de Verbor. obligation.* (XLV. 1.)

den Aufschluß gegeben hat. Denn wenn Ulpian sagt: *In arbitrium alterius conferri legatum veluti conditio potest*, so heißt dieß nichts anders, als ein Legat kann in die Willkühr eines Andern gestellt werden, wenn eine äussere Thatsache zur Bedingung gemacht wird, die in der Willkühr desselben steht. Dieß ist z. B. der Fall, wenn mir Etwas unter der Bedingung vermacht wird, *si Titius in Capitolium ascenderit*. Durch dieses Beyspiel wollte also Ulpian das *veluti conditio* deutlicher erklären. Nun wird zwar auch durch eine solche Bedingung das Legat von der Willkühr eines Andern abhängig gemacht, denn ist es nicht im Grunde einerley, ob Etwas unter der Bedingung, *si Titius in Capitolium ascenderit*, oder so: *si Titius voluerit*, vermacht wird? Allein es darf nicht übersehen werden, was hier aus Modestinus, dem Paraphrasten seines Lehrers, zu ergänzen ist, von Ulpian aber oder von den Compilatoren der Pandecten ist weggelassen worden [68]), nämlich daß in Rücksicht der Gültigkeit doch viel darauf ankomme, ob das Legat blos in die Willkühr eines Andern gestellt worden, oder ob eine willkührliche Handlung des Dritten, als Bedingung, dem Willen desselben zur Norm dienen soll. Daß Ulpian auch wirklich nicht anders verstanden seyn wolle, beweisen die Worte „*velut conditio*" augenscheinlich, die sonst keinen Sinn haben, und ohne alle Bedeutung seyn würden. Daß er aber unter conditio eine willkührliche Handlung des Andern versteht, beweist das Beyspiel:

68) Gans in den Scholien zum Gajus S. 345. geht wohl offenbar zu weit, wenn er sagt, es sey von den 3 Büchern der Pandecten de legatis gewiß nicht eine einzige Stelle ächt.

si Titius in Capitolium ascenderit. Da nun Ulpian sich in Ansehung der Gültigkeit über den Unterschied der angegebenen beyden Fälle nicht bestimmt erklärt hat, so ist der Ausleger, da keine Widersprüche in den Pandecten angenommen werden sollen, allerdings befugt, den Parallelismus zu Hülfe zu nehmen, und die eine dunkle Stelle aus der andern deutlicheren zu erklären[69]. Denn die Parallelstellen brauchen nicht gerade von demselben Auctor zu seyn, sie können auch von verschiedenen Schriftstellern herrühren, wenn diese zumahl, wie hier, in dem Verhältniß, wie Schüler und Lehrer, zu einander stehen[70]. Nach dieser Erklärung konnte nun Ulpian §. 1. mit Recht sagen, das einem Pupillen arbitrio tutorum hinterlassene Legat sey kein bedingtes. Denn eine Bedingung schiebt die Delation des Vermächtnisses bis zu deren Eintritt auf. Haec conditio, sagt Julian *libro I. ad Urseium Ferocem*[71], *si in Capitolium ascenderit*, sic recipienda est, si cum primum potuerit Capitolium ascendere. Man muß es also immer darauf ankommen lassen, wenn es Dem, von dessen Handlung die Bedingung abhängig gemacht worden ist, belieben wird, die Handlung vorzunehmen. Dieß ist nun aber bey dem einem Mündel arbitrio tutorum hinterlassenen Legate nicht der Fall, wovon der §. 1. handelt. Denn hier kommt es nicht auf eine äussere in der Willkühr der Vormünder stehende Handlung,

69) S. *Jo. Lud.* Conradi Observat. iur. civ. Vol. I. (*Marburgi* 1782.) §. XIV. und Eckhardi Hermeneut. iuris Lib. I. §. XV.

70) S. meine Einleitung in das Studium des Röm. Privatrechts. S. 69.

71) *L.* 29. *D. de condit. et demonstrat.* (XXXV. 1.)

sondern auf ein billiges und pflichtmäßiges Ermessen derselben an, welches keinen Aufschub erfordert. Es ist also durch den Zusatz „arbitrio tutorum" den Vormündern nicht sowohl die Bestimmung über die Prästation, als vielmehr blos die Bestimmung über die Quantität eines ihren Pupillen zugedachten Legats anheimgestellt, wie man aus den Worten selbst ersehen kann, welche so lauten:

Sed cum ita legatum sit pupillo sive pupillae: *arbitrio tutorum*, neque conditio inest legato, neque mora, quum placeat, in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi. Quae enim mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii?

So werden nun auch die übrigen Stellen Ulpians keine Schwierigkeit finden. Wenn also Ulpian *L.* 43. §. 2. *D. de legatis* XXX. sagt: Legatum *in aliena voluntate* poni potest, in heredis non potest, so hat Donellus [72]) gründlich erwiesen, daß unter der *aliena voluntas* nicht mit der Glosse voluntas legatarii zu verstehen sey, sondern voluntas extranei. Es erhellet dieses auch ganz deutlich aus der *L.* 52. *D. de conditionib. et demonstrat.* Daß nun aber dieses so allgemein gefaßte Fragment, wenn Ulpian nicht mit sich selbst in Widerspruch gerathen soll, nicht so allgemein verstanden werden könne, wie es lautet, ist wohl keinem Zweifel unterworfen. Es kann daher wohl

72) Commentar. de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 2. Vol. IV. pag. 435. sq. et §. 8. pag. 443. sq. (edit. noviss. *Norimberg.*)

anders nicht, als unter der von ihm selbst in der *L.* 1. *pr. D. de legatis XXXI.* angegebenen Einschränkung verstanden werden, nämlich: legatum in aliena voluntate *veluti conditio* poni potest, wie auch Franz Connanus[73]), Reinhard Bachov[74]), und Anton Schulting[75]) diese Stelle verstehen. Demzufolge kann also die *L.* 43. §. 2. *cit.* in Gemäßheit der *L.* 1. *pr. cit.* nur so verstanden werden, ein Vermächtniß könne in eines Andern Willen gestellt werden, wenn nicht blos gesagt ist, der Dritte solle wollen, also: *si Titius voluerit*, sondern die Handlung eines Dritten, die in seiner Gewalt steht, zur Bedingung gemacht worden ist, welche seinem Willen zur Norm dienen soll. Omnis enim scriptor, sagt Eckhard[76]) sehr richtig, sibi constare velle existimandus est, ne ea protulisse videatur, quae inter se non cohaerent, et placitis suis repugnant. Quidquid igitur a placitis auctoris, alio in loco propositis, alienum est, illud menti eius non convenire videtur, nec temere adeo in interpretatione est admittendum.

Allein wie hängt nun damit zusammen, wenn Ulpian in unserer Stelle sagt: *in heredis* sc. voluntate *non potest.* Sollte denn nicht auch eine willkührliche Handlung des Erben zur Bedingung gemacht werden können, von deren Ereigniß das Vermächtniß abhängen soll? Carl Fried. Walch[77]) meint es, und beruft sich auf eine Stelle des Paulus, welcher *libro IV. ad Plautium*[78]) sagt:

Si ita legetur: *heres dare damnas esto, si in*

73) Commentarior. iuris civ. Lib. X. Cap. 6. pag. 759. (*Lutetiae* 1553. f.)

74) Notae ad *Treutlerum* Vol. II. Disp. XIII. Th. 6. Litt. D. pag. 821.

75) Notae ad Dig. s. Pandect. Tom. V. ad L. 43. cit. pag. 207. (edit. *Smallenburg.* Lugd. *Batav.* 1825. 8.)

76) Hermeneut. iur. Lib. I. §. XIV. pag. 9 (edit. *Walchii*).

77) Diss. de legato heredis in arbitrium collato. §. XI.

78) *L.* 3. *D. de legatis XXXI.*

Capitolium non ascenderit, utile legatum est, quamvis in potestate eius sit, ascendere vel non ascendere.

Allein wo bliebe denn nun der Unterschied, den hier Ulpian zwischen der aliena voluntas, und der voluntas heredis macht? Das Räthsel mag der große Hugo Donellus [79]) lösen. Er sagt:

„Res sic se habet. In voluntatem alienam *verbis expressa conditione* legatum conferri non potest, sed si verbis tegitur eadem conditio, quantumvis insit re vera, tamen in eam recte collatum legatum videbitur, veluti si testator ita leget: *Titio decem do, si Maevius Capitolium ascenderit* [80]). At neutro modo legatum *in voluntatem heredis* utiliter conferri potest. Sive enim testator ita leget: *si heres voluerit*, sive ita: *Titio decem lego, si heres Capitolium ascenderit*, legatum inutile constituitur. Priore casu, quia sub hac conditione, *si debitor velit*, nulla fit obligatio, ubi scilicet nulla ei iniicitur necessitas rei praestandae: quod est proprium obligationis [81]). Posteriore, quia legatum hac conditione, *si heres Capitolium ascenderit*, poenae causa datum intelligitur. Quod genus legati olim et temporibus Ulpiani non valuit [82]). Nunc qui-

79) Commentar. de iure civ. Lib. VIII. Cap. 15. §. 9. pag. 444.

80) *L.* 52. *D. de condit. et demonstrat.*

81) *L.* 8. *D. de obligat. et action.*

82) §. 36. *J. de legatis.* Dafür kann nun Gajus *Institut. Comment. II.* §. 235. angeführt werden. Da ein legatum poenae nomine relictum im Grunde nichts anders ist, als ein von der Handlung des Erben abhängiges Legat, wie Gans in den Scholien zum Gajus 6. Schol. S. 342. ganz richtig bemerkt, so konnte wohl Theophilus in *Paraphr. Graec. ad* §. *cit. Instit.* pag. 475. edit. *Reitz.* auch einen Grund, warum die legata poenae nomine relicta vor Justinian nicht galten, darin setzen, ὅτι μισεῖ ὁ νόμος τὸ ληγάτον τὸ ἐν τῇ γνώμῃ ἀποκείμενον τοῦ κληρονόμου; i. e. *quia Lex odit legatum in arbitrium here-*

dem post constitutionem JUSTINIANI [83]) valet, sed ita, ut si in factum heredis constituta sit poena, legatum alia ratione constituatur inutile, quoniam heres cavebit diligenter, ne faciat id, quod est in conditione, et unde pendet legatum."

Daß dieses wirklich Ulpian's Meinung sey, erhellet daraus, weil dieser Jurist an mehreren Orten ausdrücklich erklärt, daß ein in die Willkühr des Erben gestelltes Legat auf keine andere Art gültig sey, als wenn die Leistung desselben blos dem billigen und vernünftigen Ermessen des Erben, als eines redlichen Mannes, überlassen worden ist. Es gehören hierher besonders folgende Fragmente, woraus die *L.* 43. §. 2. erklärt werden muß.

L. 75. *pr. D. de legat.* XXX. ULPIAN. *libro V. Disputationum.* Si sic legatum vel fideicommissum sit relictum; *si aestimaverit heres*, *si comprobaverit*, *si iustum putaverit*, et legatum et fideicommissum debebitur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non *in meram voluntatem heredis collatum.*

L. 11. §. 7. *D. de legatis XXXII.* ULPIAN. *libro II. Fideicommissorum.* Quamquam autem fideicommissum ita relictum non debeatur; *si vo-*

dis positum. Es ist zwar Theophilus wegen dieses Grundes von mehreren getadelt worden, wie z. B. von *Jo. Jac.* WISSENBACH Emblemat. Triboniani. Cap. V. pag. 97. (edit *Heinecc.*) *Christfr.* WAECHTLER in Opuscul. pag. 757. in fin. und GOESCHEN Observat. iur. Rom. pag. 51. not. c. Es ist auch nicht zu läugnen, daß der Grund, den Thibaut in den Versuchen über einzelne Theile der Theorie des Rechts 5. Abh. Not. 17. und in seinen civilist. Abhandlungen Nr. IV. S. 54. anführt, viel treffender ist. S. auch Fried. Adolph Schilling Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte. S. 204. Not. 563. Indessen dient doch das legatum poenae mit zum Beweise, daß auf den Fall, daß der Erbe etwas thue, zur Zeit Ulpians kein Legat gültig hinterlassen werden konnte.

83) *L. un. C. de his, quae poenae nomine in testam.* (VI. 41.)

lueris, tamen si ita adscriptum fuerit, *si fueris arbitratus*, *si putaveris*, *si aestimaveris*, *si utile tibi fuerit visum*, vel *videbitur*, debebitur: non enim *plenum arbitrium voluntatis* heredi dedit, sed quasi viro bono fideicommissum relictum.

L. 46. §. 3. *D. de fideicommiss. libertatib.* Ulpian. *libro VI. Disputationum.* Quodsi ita scriptum sit: *si heres voluerit*, non valebit, sed ita demum, si totum in voluntate fecit heredis, *si ei libuerit.* Ceterum si arbitrium illi quasi viro bono dedit, non dubitabimus, quin libertas debeatur. Nam et eam libertatem deberi placuit: *si tibi videbitur, peto manumittas;* ita enim hoc accipiendum, si tibi quasi viro bono videbitur. Nam et ita relictum: *si voluntatem meam probaveris*; puto deberi, quemadmodum: *si te meruerit quasi virum bonum*, vel: *si comprobaveris*, vel: *si non reprobaveris*, vel: *si dignum putaveris.*

Nirgends sagt Ulpian, daß auch eine willkührliche Handlung des Erben zur Bedingung eines Legats gemacht werden könne. Zwar erklärt Ulpian [84]) ein Legat für gültig, welches auf die Art hinterlassen worden ist: *nisi heres meus noluerit*, und er sagt, es sey quasi conditionale [85]). Allein eben dadurch giebt ja Ulpian selbst zu erkennen, daß es kein eigentlich bedingtes Vermächtniß sey. Denn hier hängt nicht die Errichtung des Legats, (denn diese ist unbedingt geschehen) sondern die Aufhebung desselben von einer Bedingung ab, nämlich daß der Erbe bey seinem Leben nicht erkläre, er wolle das Legat nicht prästiren. Stirbt er also, ohne dieses erklärt zu haben, so kann es dem Legatar nun nicht mehr genommen werden, so wie denn auch der Erbe nicht mehr pönitiren kann, wenn er einmal erklärt hat, daß er das Legat

84) *L*. 11. §. 5. *D. de legatis XXXII.*

85) Paulus *L*. 6. *pr. D. Quando dies legator.* (XXXVI. 2.) sagt: Quod pure datum est, si sub conditione adimatur, *quasi sub conditione legatum habetur.*

auszahlen wolle [86]). Allein Paulus [87]) sagt ja doch, das Legat sey auch gültig, wenn es auf die Art hinterlassen worden: *heres dare damnas esto, si in Capitolium non ascenderit*, wenn es gleich in der Macht des Erben stehe, ob er auf das Capitolium steigen wolle, oder nicht. Die Glosse zu dieser Gesetzstelle sagt, es sey zweifelhaft, ob die Worte: *si in Capitolium non ascenderit*, auf den Erben, oder den Legatar, oder einen Dritten gehen. Erkläre man diese Worte vom Legatar, welches wohl das Sicherste sey, so habe die cautio Muciana Statt, und nun stehe das Gesetz mit der *L.* 43. in keinem Widerspruche. Auch Gregor. Majansius [88]) glaubt, die Bedingung: *si in Capitolium non ascenderit*, wäre nicht auf den Erben, sondern auf den Legatar zu beziehen. Andere, z. B. Franz Connanus [89]) und Arnold Vinnius [90]) verstehen hingegen die bemerkte Bedingung vom Erben, und meinen gerade hier einen Beweis gefunden zu haben, daß wenn diese Bedingung affirmativ beygefügt worden, das Legat für eben so ungültig zu halten sey, als wenn solches in die bloße Willkühr des Erben wäre gestellt worden. Noch Andere [91]) wollen es endlich für ganz gleichgültig halten, ob die Bedingung affirmativ oder negativ ausgedruckt worden ist. Den Worten nach dürfte nun hier wohl die Bedingung: *si in Capitolium non ascenderit*, eher auf den Erben, als den Legatar gehen, ja es scheint mir dieses ganz unbezweifelt zu seyn, weil ja von kei-

86) S. *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Cap. IV. ad L. 41. §. 13. de legat. III. nr. 3. et 4. (Tom. VI. *Thes. Meerman.* pag. 308. sq.) und Walch Diss. cit. §. XI. pag. 44.

87) *L.* 3. *D. de legat.* XXXI.

88) Diss. de voluntate necessar. in ultim. dispositionibus. §. 7. (in Ejus Disputation. iur. civ. Tom. I. pag. 442.)

89) Commentar. iur. civ. Lib. X. Cap. 6. pag. 759.

90) Select. iuris Quaestion. Lib. II. Cap. 25. pag. 218. (*Franequerae* 1690. 4.)

91) *Jo.* Robbertus libr. Sententiar. Receptar. Cap. 10. besonders Walch Diss. de legato heredis in arbitrium collato. §. XI. pag. 47.

nem Andern die Rede ist, als von dem Erben. Daß Paulus gerade das Beyspiel von einem legato *per damnationem* gewählt hat, kann jetzt nicht mehr in Betrachtung kommen, wenn gleich Gajus [92]) sagt: optimum ius est per damnationem legatum. Denn nach dem Neronianischen Senatusconsultum sollte ja jedes Legat in so weit gelten, als es per damnationem gelten könne [93]). Der Grund, warum gerade das legatum, *si in Capitolium heres non ascenderit*, gültig war, ist vielmehr, wie auch Vinnius [94]) und Walch [95]) bemerkt haben, der nämliche, aus welchem auch das Legat, *nisi heres noluerit*, für gültig gehalten wurde.

Wenn endlich Ulpian noch in der *L.* 46. §. 2. *D. de fideicommiss. libertatibus* ausdrücklich sagt: Sed et si ita adscriptum sit: *si Seius voluerit, Stichum liberum esse volo*, mihi videtur posse dici valere libertatem; so liegt der Grund dieser Entscheidung in der besondern Beschaffenheit einer libertas fideicommissaria. Denn daß von dieser hier die Rede sey, erhellet nicht nur aus *pr.* L. cit. wo Ulpian sagt: Fideicommissa libertas ita potest dari: *heres, si volueris, fidei tuae committo, ut Stichum manumittas*; sondern eben dieses beweisen auch die Worte: *Stichum liberum esse volo*. Denn das Wort *volo* wurde eben so, wie die Ausdrücke *rogo, mando, fideicommitto*, zu den verbis precariis gerechnet, wodurch sich die fideicommissa von den legatis unterschieden [96]). Ob nun wohl Justinian den Unterschied zwischen legata und fideicommissa aufgehoben hat, so ist er dennoch in Rücksicht einer durch letzten Willen gegebenen Freyheit unabgeändert geblieben. Eine solche libertas

92) *Comm. II.* §. 197.

93) Ulpian. *Fragm. Tit. XXIV.* §. 11. S. Gans Scholien zum Gajus. 6. Schol. S. 338. f.

94) Select. iur. Quaestion. Lib. II. cap. 25. pag. 218.

95) Diss. cit. §. XI. pag. 46.

96) S. §. 3. *I. de singulis reb. per fideicomm. relict.* (II. 24.) und *L.* 2. *pr. Cod. Communia de legat.* (VI. 43.)

per fideicommissum data war nun aber freylich in mancher Hinsicht mehr begünstiget, als eine libertas *per legatum*, und also verbis directis relicta [97]). Denn bey der letztern machte selbst der sonstige favor libertatis keinen Unterschied. Denn hier war, wie Ulpian nachher §. 3. selbst sagt, das Legat ungültig, si ita adscriptum sit: *si heres voluerit*. Daher sagt Licinius Rufinus *libro V. Regularum* [98]): Libertates etiam *per fideicommissum* dari possunt, et quidem *largius*, quam *directo*. So wie nun also bey einer libertas *per fideicommissum* relicta, der Zusatz: *si heres voluerit* das Fideicommiß nicht ungültig machte, quamvis nihil aliud in testamento potest valere ex nutu heredis, sondern so erklärt wurde: *si heredi videbitur* [99]); eben so ward auch der Zusatz: *si Seius voluerit*, bey einer fideicommissa libertas, nicht so, wie sonst bey einem Legate, für ein bloßes Stellen in die Willkühr eines Dritten, sondern eben so für eine Bedingung erklärt, als wenn einem Vermächtniß die sonst gewöhnliche Bedingung: *si Titius Capitolium ascenderit*, wäre beygefügt worden [100]). Die fideicommissa

97) S. §. 2. *J. de singul. rebus per fideicomm. relict. L.* 29. *D. de bonis libertor.* (XXXVIII. 2.) *L.* 6. *C. de fideicomm. libertat.* (VII. 4.) Acosta Select. Lib. I. Cap. 22. und *Wilh. a* Loon Eleutheria, seu de manumiss. servor. apud Rom. Lib. I. Cap. 4. §. 8.

98) *L.* 16. *D. de fideicomm. libertat.*

99) S. Walch Diss. cit. de legato heredis in arbitrium collat. §. X. pag. 41. Ein bloßes Fideicommiß, welches dem Erben mit dem Zusatz auferlegt worden: *si voluerit*, ohne Beziehung auf Libertät, hielt selbst Ulpian für so ungültig, als ein Legat, welches in die bloße Willkühr des Erben gestellt worden ist, wie aus *L.* 75. *pr. D. de legat. XXX.* und der schon oben angeführten *L.* 11. §. 7. *D. de legat. XXXII.* erhellet.

100) S. *Franc.* Duarenus Comment. in Tit. D. de condition. institut. Cap. IV. §. ult. (*Opper.* pag. 416.) *Jos. Fernand. de* Retes Opusculor. Lib. IV. ad L. 41. D. de legat. III. nr. 5. (in *Thes. Meerman.* Tom. VI. pag. 209.) und *Ant.* Schulting Notae ad Dig. s. Pand. Tom. VI. ad L. 46. D. de fid. libert. pag. 281. sq.

libertas machte also hier, so wie in mehreren andern Fällen, allerdings eine Ausnahme von der Regel, und da dieselbe, gegen die von Ulpian selbst aufgestellte Regel, sogar in den Willen des Erben gestellt werden konnte, bey dem doch nicht einmal das Abhängigmachen eines Legats von einer willkührlichen Handlung desselben: si in Capitolium ascenderit, galt; so konnte Ulpian um so mehr von der voluntas heredis, auf *si Seius voluerit*, schließen; woraus sich denn die Aeusserung: *mihi videtur posse dici*, erklärt.

§. 1406. a.

Sind diese Grundsätze des ältern Rechts durch das Justinianeische oder Canonische Recht abgeändert worden?

Aus Allem ergiebt sich nun so viel, daß die Römischen Juristen darin einverstanden waren, daß die Erbeinsetzung weder der Bestimmung noch der Einwilligung eines Dritten überlassen werden könne, sondern dieselbe durch den eignen Willen des Testirers bestimmt und gewiß seyn müsse. Es ist dieser Grundsatz auch schon in dem Verbote des ältern Rechts begriffen, daß man eine persona incerta so wenig zum Erben einsetzen, als derselben ein Vermächtniß hinterlassen könne. Eben so war man auch darin einig, daß ein Vermächtniß der bloßen Willkühr des Erben eben so wenig, als es der Willkühr eines Schuldners überlassen werden könne, ob er schuldig seyn wolle, oder nicht. Die Streitfrage betraf also blos die Vermächtnisse, ob diese in den bloßen Willen dritter Personen gestellt werden können? und hier muß, wie ausgeführt worden, die dunkle und unbestimmte Entscheidung des Ulpianus, durch die deutlichere und bestimmtere Entscheidung des Modestinus ergänzt und aufgeklärt werden. Gelten denn aber diese Grundsätze des ältern Röm. Rechts noch jetzt? Walch [1]) fand kein Bedenken diese Frage zu bejahen, und beruft sich auf die Auctorität der Practiker. So viel ist gewiß, daß durch die verloren gegangene, und bis jetzt noch nicht vollständig restituirte Constitution des Kaisers Justi-

1) In Diss. cit. §. XVI.

nian de personis incertis [2]), so weit wir den Inhalt derselben aus den Institutionen [3]) kennen, hierin nichts geändert worden sey, noch Etwas habe geändert werden können, ohne das Wesen des Testaments aufzuheben. Justinian sagt es ja selbst, er habe das ältere Recht nicht ganz aufheben, sondern nur nicht sine iusta emendatione lassen wollen. Dieß ist auch schon längst von Johann Strauch [4]), Anton Schulting [5]), Franz Carl Conradi [6]) und Christ. Gotth. Hübner [7]) so klar bewiesen worden, daß darüber gar kein Zweifel mehr entstehen kann. Die Frage ist also nur, ob nicht das Römische Recht in diesem Puncte durch das Canonische Recht sey abgeändert worden? Ich habe aus lebhafter Ueberzeugung die verneinende Meinung in einer eigenen Commentation [8]) zu vertheidigen, und aus der Kirchen- und Rechtsgeschichte des Mittelalters ausführlich darzuthun mich bemüht, daß der Papst Innocenz *III.* in dem *Cap.* 13. *X. de testamentis* (III. 26.) worin es heißt:

Qui extremam voluntatem in alterius dispositionem committit, non videtur decedere intestatus,

gar nicht die Absicht gehabt habe, das Römische Recht abzuändern, sondern diese päbstliche Entscheidung sich lediglich auf das gleich im Anfange dieses Textes

2) S. *Cod. VI. Tit.* 48. und den 29. Th. dieses Commentars. §. 1301. Not. 65. S. 76.

3) §. 27. *J. de legatis.* (II. 20.)

4) Disp. ad tituli 48. Libri VI. Cod. de personis incertis constitutionem deperditam. (*Jenae* 1671.) Cap. III. §. 6.

5) Jurisprud. Antejust. ad Pauli Sentent. Recept. Lib. III. Tit. 4. B. not. 9. pag. 346. und ad Ulpiani Fragm. Tit. XXII. pag. 634. not. 7.

6) Diss. de voluntate testatoris dubia ob errorem in nomine, vel demonstrat. heredis aut legatarii commiss. §. 3. et 4.

7) Diss. ad titulum Digestorum de rebus dubiis, Commentarius, a *Christ. Wilh.* Schweitzer def. *Lipsiae* 1802. 8. pag 48. sqq. et pag. 165. sqq.

8) Innocentius III. in cap. 13. X. de testamentis iuri civili haud derogans *Erlangae* 1784. Sect. II. *Opusc.* Fasc. I. pag. 238. sqq.

nach der Baluzischen Ausgabe der Briefe Innocenz III.[9]) erwähnte, dem Bischoff von Auxerre de benignitate sedis apostolicae ertheilte Privilegium: *quod ordinatio rerum clericorum ab intestato decedentium libere in eius potestate ac dispositione permaneat*, beziehe. Diese Meinung fand auch bey mehreren Rechtsgelehrten[10]) Beyfall. Allein Herr Obertribunalrath Schrader[11]) hat sie zu widerlegen, und zu zeigen sich bemüht, daß durch jene Verordnung des Canonischen Rechts alle oben angeführten Bestimmungen des Röm. Rechts seyen aufgehoben worden. Ihm sind auch Thibaut[12]), Schweppe[13]), von Wenning Ingenheim[14]), und Mühlenbruch[15]) beygetreten. Allein meiner Meinung haben mehrere[16]) auch noch nach der Schraderischen Widerlegung den Vorzug gegeben. Die nähere Prüfung bleibt dem folgenden Theile vorbehalten.

9) Epistolarum Innocentii III. Rom. Pontif. in unum collectar. a *Stephan.* Baluzio *Parisiis* 1682. f. Tom. I. Lib. V. pag. 631. sq.

10) *Lud. God.* Madihn Princip. iuris Rom. de Successionibus. §. CVI. in fin. Höpfner Commentar über die Heinecc. Institutionen. §. 488 Not. 5.

11) Abhandlungen aus dem Civilrechte 1. Bdch. S. 71. ff.

12) Syst. des Pand. R. 2. B. §. 800.

13) Röm. Privatrecht. §. 800. a. E.

14) Lehrbuch des gemeinen Civilrechts. 2. Bd. V. Buch. §. 454.

15) Doctr. Pand. Vol. III. §. 464. not. 7.

16) S. Weber's Erläuterungen der Pandecten 2. B. §. 1406. *Car. Jul. Meno* Valett Lehrbuch des pract. Pandectenrechts. 3. B. §. 1205.

Berichtigungen und Zusätze.

S. 14. Z. 5. ist *L.* 3. statt *L.* 7. zu lesen.

S. 132. Not. 4. ist noch vorzüglich hinzuzufügen Friedr. Adolph Schilling Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte. Leipzig 1829. 8. S. 70—73.

S. 417. Not. 26. ist noch eine Hauptschrift anzuführen, die ich leider damals nicht benutzen konnte, und welche nun die von mir vertheidigte Meinung ausser allen Zweifel setzt, nämlich D. Friederich Reinfelder der annus civilis des Röm Rechts. Stuttgart 1829. 8. S. 32—59.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Glück, Christian Friedrich von, 1755-1831 / Glück, Christian Friedrich << von>>, / Hellfeld, Johann August,

Versuch einer ausführlichen Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld ein Commentar für meine Zuhörer

Bd.: 33,2

Erlangen (1830)

J.rom.c. 137-33,1/2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565437-1
VD18 90225457